HOUSE OF COMMONS
CANADA

INTERIM REPORT ON THE

COMPETITION ACT

Report of the Standing Committee on Industry

Susan Whelan, M.P.
Chair

June 2000

The Speaker of the House hereby grants permission to reproduce this document, in whole or in part, for use in schools and for other purposes such as private study, research, criticism, review or newspaper summary. Any commercial or other use or reproduction of this publication requires the express prior written authorization of the Speaker of the House of Commons.

If this document contains excerpts or the full text of briefs presented to the Committee, permission to reproduce these briefs in whole or in part, must be obtained from their authors.

Also available on the Parliamentary Internet Parlementaire: http://www.parl.gc.ca

Available from Public Works and Government Services Canada — Publishing, Ottawa, Canada K1A 0S9

INTERIM REPORT ON THE

COMPETITION ACT

Report of the Standing Committee on Industry

Susan Whelan, M.P.
Chair

June 2000

100-06807/

STANDING COMMITTEE ON INDUSTRY

CHAIR

Susan Whelan	Essex

VICE-CHAIRS

Walt Lastewka	St. Catharines
Charlie Penson	Peace River

MEMBERS

Pierre Brien	Témiscamingue
Gerry Byrne	Humber–St. Barbe–Baie Verte
John Cannis	Scarborough Centre
Antoine Dubé	Lévis-et-Chutes-de-la-Chaudière
Jim Hart	Okanagan–Coquihalla
Marlene Jennings	Notre-Dame-de-Grâce–Lachine
Jim Jones	Markham
Eric Lowther	Calgary Centre
Gurbax Singh Malhi	Bramalea–Gore–Malton–Springdale
Dan McTeague	Pickering–Ajax–Uxbridge
Ian Murray	Lanark–Carleton
Jerry Pickard	Chatham–Kent Essex
Nelson Riis	Kamloops, Thompson and Highland Valleys

CLERK OF THE COMMITTEE

Richard Rumas

RESEARCH STAFF

Parliamentary Research Branch, Library of Parliament
Daniel Shaw
Geoffrey Kieley

THE STANDING COMMITTEE ON INDUSTRY

has the honour to present its

SEVENTH REPORT

Pursuant to the Committee's mandate under Standing Order 108(2), a Review of the *Competition Act*:

TABLE OF CONTENTS

CHAIR'S FOREWORD ix

PREFACE xi

LIST OF PRELIMINARY FINDINGS xv

INTRODUCTION 1

CHAPTER 1: COMPETITION AND COMPETITION POLICY IN CONTEXT 5

Recent Economic Developments and Competition Policy 5

Competition and Competition Policy Interplay 9

Competing and Complementary Provisions of the Competition Act 10

Legislation, Guidelines and Enforcement 12

CHAPTER 2: CONSPIRACIES AND OTHER HORIZONTAL AGREEMENTS 17

Legal Treatment of Conspiracies and its History 17

Conspiracy-Strategic Alliance-Merger: An Organizational Continuum 18

Proposal for Two-Track Treatment 19

CHAPTER 3: PREDATORY PRICING AND BEHAVIOUR 23

Predatory Behaviour Defined and the Cost Test 23

Predatory Behaviour and its Legal Treatment 25

CHAPTER 4: PRICE MAINTENANCE, DELIVERED PRICING AND REFUSAL TO DEAL 31

Price Maintenance 31

Delivered Pricing 35

Refusal to Deal 36

CHAPTER 5: PRICE DISCRIMINATION 39

Economics of Price Discrimination 39

Legal Treatment of Price Discrimination 40

CHAPTER 6: PRIVATE RIGHTS OF ACTION 43

Private Claims for Damages Arising from Criminal Violations 44

Public Enforcement of the Competition Act 45

Competition Tribunal Processes 47

Private Access, Protecting Against Abuse and Remedies 48

CHAPTER 7: INTERIM CEASE AND DESIST POWERS 53
Role of the Tribunal 53
Proposals for New Cease and Desist Powers 55
Alternatives 59
CHAPTER 8: THE NEWSPAPER INDUSTRY, A DIVERSITY OF VIEWS AND THE COMPETITION ACT 61
A Diversity of Views and Ownership Concentration 62
Competition Bureau and Newspapers 63
Objectives of the Competition Act 65
Two Approaches 67
Foreign Ownership Restrictions 69
Other Proposals 71
CONCLUSION 73
REQUEST FOR GOVERNMENT RESPONSE 79
A DISSENTING OPINION — NEW DEMOCRATIC PARTY 75
APPENDIX 1: THE VANDUZER REPORT 77
APPENDIX 2: PRIVATE MEMBERS' BILLS TO AMEND THE COMPETITION ACT 81
APPENDIX 3: LIST OF WITNESSES 87
APPENDIX 4: LIST OF BRIEFS 91
MINUTES OF PROCEEDINGS 93

CHAIR'S FOREWORD

Pursuant to an Order of Reference of the House of Commons dated October 20, 1998, the Committee considered Bill C-235, An Act to amend the *Competition Act*, which was designed to protect those who purchase products from vertically integrated suppliers while competing with them at the retail level. Bill C-235 was the product of an in-depth look by Mr. Daniel McTeague, M.P., and others at a single industry, the petroleum products industry in Canada. The proposed amendments to the *Competition Act*, however, would apply to all industries. The main objective of the bill was to strengthen the provisions of the Act intended to combat the anticompetitive effects of predatory pricing in the marketplace.

The Committee commended the stated objectives of Bill C-235, but had reservations regarding the means chosen to achieve them, fearing that legitimate procompetitive practices of integrated suppliers could be inadvertently caught. For instance, the Committee's view was that the ultimate purpose of the bill was to ensure that: (a) manufacturers could not sell to independent retailers at higher prices than to their own affiliates; and (b) integrated manufacturers could not sell at a wholesale level to independent retailers at higher prices than their own retail price. Clearly, the bill was intended to protect independent retailers from perceived threats by the integrated manufacturers who supply them. The unstated assumption was that by protecting independent retailers, the bill would enhance competition and thus protect consumers. However, the Committee disagreed with the approach taken and with this underlying assumption. The *Competition Act* is crafted to protect the process of competition generally, not competitors or classes of competitors specifically, yet the proposed amendments to the Act in Bill C-235 departed from this fundamental principle and were intended to protect independent retailers.

Accordingly, on April 15, 1999, the Committee reported Bill C-235 with amendments that deleted its clauses and title. At the same time, the Committee decided that an in-depth study of the *Competition Act* was warranted. The Honourable John Manley, Minister of Industry, then expressed his wish that the Competition Bureau would engage a third party to undertake an independent review of the anticompetitive pricing provisions of the *Competition Act* and the Bureau's enforcement record in order to assist the Committee in its deliberations.

J. Anthony VanDuzer and Gilles Paquet, both of the University of Ottawa, conducted the in-depth study of predatory pricing, price discrimination and price maintenance, including their economic motivations and impacts, as well as their legal treatment and enforcement. Their work, entitled *Anticompetitive Pricing Practices and the Competition Act: Theory, Law and Practice*, was completed and presented to the Committee in October 1999 (see Appendix 1).

Upon receiving this document, the Committee began its hearings on the *Competition Act* and its enforcement, starting with the Commissioner of Competition, Konrad von Finckenstein, and Professors VanDuzer and Paquet. Furthermore, the Committee's decision to study competition in the newspaper industry was taken in June 1999, well in advance of the recent announcements by both Hollinger and Thomson of their anticipated newspaper sell-off. While the announcements might appear to have "shifted the ground" in the industry, the Committee is of the view that issues of newspaper concentration will continue to resurface as issues of significant concerns to Canadians. Moreover, as a result of the rapid and widespread development of electronic media in the past decade, the nature of the debate has changed significantly since the 1970s or 1980s. For these reasons, in the context of its study of the *Competition Act*, the Committee has taken the opportunity to explore the interface between competition law and the newspaper industry. So for a three-week period beginning in May 2000, the Committee embarked on an intensive study of the *Competition Act*, hearing from as many as 32 experts in the field of competition policy and law, as well as interested stakeholders.

Part of the way through our hearing process, the Competition Bureau engaged the Public Policy Forum, a non-profit, non-partisan organization for improving the quality of government in Canada, to consult the Canadian public widely on changes to the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act* as proposed in four Private Members' bills: Bill C-402, Bill C-438, Bill C-471 and Bill C-472 (see Appendix 2). Two of these bills cover much the same policy ground as this Interim Report, in particular our discussions on slotting allowances or listing fees that some large retailers charge some manufacturers for scarce shelf space. Because the Committee does not want to prejudice the work of the Public Policy Forum, we have decided to defer the testimony received on this issue, as well as testimony on the Private Members' bills, to our Final Report. We look forward to reviewing the Public Policy Forum's complementary report later this year. We are confident that it will be of assistance to us in preparing the Committee's Final Report.

While interesting and varied opinions exist amongst the competition policy experts on this important and specialized topic, they were not so diverse as to prevent a consensus. The Committee believes this consensus is captured in this Interim Report. This consensus, however, is limited to preliminary findings, suggesting a direction for future work. The Committee will, after further discussion and review this fall, make recommendations in its Final Report. At this time, I would like to thank those who participated in our extensive hearing process for sharing their insights with us. I am confident that the public will agree that this report reflects both their concerns and common Canadian values and priorities in the domain of competition policy, law and enforcement.

PREFACE

Competition (or "antitrust") legislation has existed in Canada for more than a hundred years. The name of the governing Act has changed several times over the years, as has the Act itself. Consequently, Canada's antitrust Act has become a more effective instrument of the public interest with each significant revision. However, the primary goal of the legislation essentially remains the same: the quashing of conspiracies and monopoly-making restraints of trade (except those held exempt by parliamentary privilege). Canada's first competition law, passed in 1889 and entitled *An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, marked a new era in the public's distaste for, and treatment of, monopoly. The 1889 Act made the formation of "combines" — the term used to describe conspiracies at that time — a violation of the *Criminal Code*, following an era of general laissez-faire.

The new law was a response to political pressures from the public at large, as well as from a vocal and well-organized small business sector that mounted a very effective campaign against big business. Indeed, the economic developments that precipitated the enactment of Canada's first antitrust Act are worth reviewing given the momentous changes we are experiencing in today's rapidly developing economy. The similarities and differences of the two periods are both revealing and informative; and there seem to be implications for what appears to be happening today.

Beginning in the latter half of the nineteenth century, after substantial public investments had been made in railway and telegraph networks, large and more complex industrial organizations began to appear in Canada and elsewhere across the world. New advances in applied science, the increasing division of labour, and the emergence of a new managerial class promoted the growth of the modern industrial complex, as the corporation began to spread its activities both horizontally and vertically. These new technologies dictated massive investments in capital and a commitment to building integrated operations extending both backward into core raw material supplies and forward into marketing and distribution networks. In this way, the corporation, bolstered by new financial instruments for funding growth, could realize the inherent economies of scale and scope in the new production methods, while securing the necessary returns on investment.

These new production processes led to the creation of many new industries at the same time as they considerably transformed many old industries. Unfortunately, the good came with the bad. The unprecedented cost advantages bestowed on large-scale operations benefited those who were first to transform their businesses in conformity with the new economic realities, while vanquishing the remainder. Small manufacturers were at a significant cost disadvantage, but so were wholesalers, manufacturers agents and other middlemen when the volume-oriented manufacturers moved forward and mass retailers moved backward into wholesaling. The displaced merchants were the leading

businessmen in the smaller cities, towns and villages of the time, and they formed a very influential political constituency alleging predatory behaviour on the part of big business and demanded relief through legislative action.

The United States and many European countries also underwent these experiences at about the same time, but a unique set of circumstances meant that Canada was the first to respond. Canadian politicians well understood the economic advantages and increased material well-being resulting from these revolutionary technological and organizational innovations, but believed Canada's small population would impede their development. Rather than see Canada become an economic satellite of the United States through the exportation of natural resources and raw materials in return for the new and more advanced manufactures, the Government of Canada in 1879 adopted its "National Policy." Spearheaded by very significant tariff barriers on industrial products, the protectionist policy aimed to forge an industrial heartland in Ontario and Quebec. However, the subsequent suppression of foreign competition only heightened the public's suspicions of the business combinations being formed at this time. In 1888, a select committee of the House of Commons was formed to investigate the nature and extent of certain combinations (e.g. groceries, egg dealers, sugar, biscuits, confectioneries, coal, iron and steel foundries, etc.). Legislation was the recommended course of action and Canada's first antitrust law was passed the next year.

A similar set of circumstances appears to be unfolding today. The source of change is again innovation, but this time it has less to do with cost advantages of scale and scope associated with new physical capital and more to do with creative advantages associated with the stock of knowledge (or "human capital"). Rather than one-time changes, followed by a period of exploiting size and scope, the knowledge-based economy now being developed is accompanied by a process in which products, processes and methods of distribution and organization are constantly upgraded and improved. This constant change is a source of disequilibrium and uncertainty for all of us.

Hand in hand with this process of "out with the old, in with the new," or "creative destruction" as it is sometimes called, comes organizational and institutional innovation. Corporate managers, now under pressure to raise productivity through innovation rather than through economies of scale, have focused on designing lean production capabilities and downsizing their core activities, while outsourcing non-core functions and sub-assembly activities to their affiliates or strategic allies (sometimes spinoff companies from their downsizing efforts). Moreover, encouraged by recent advances in transportation and communications technologies while taking advantage of the new trade environment sweeping the globe, the locations of critical stages of manufacture and assembly are being chosen to ensure that the entire production process more fully exploits competitive advantages wherever these exist, whether because of economies of scale, scope or learning by doing, or because of greater factor specialization. Canada's business sector is increasingly internationalizing its activities, weaving an intricate web of linked activities around the world. Consequently, Canada's small businesses are again under pressure to change their business models in face of stiff competition from big business, foreign and domestic. Nowhere is this more apparent than in the retail gasoline industry, which has

been the object of much public, political and antitrust scrutiny, the retailing of groceries and the newspaper industry.

Beginning in the mid-1980s, the traditional full-service gasoline stations that provided gasoline, car repair and automotive ancillaries (oils, lubricants, windshield wipers, air filters, etc.) were replaced by self-serve gasoline stations providing gasoline, a more limited range of automobile ancillaries and, in some situations, confectioneries. Retail gas station owners have had to invest in substantial capital equipment encompassing a greater number of larger underground storage tanks, spacious dispensing bays, easy-to-use pumps and a central payment booth. This more capital-intensive gasoline-focused operation allows some to take advantage of existing economies of scale by selling greater volumes of gasoline, but has also resulted in a long-term oversupply of retail gas operations, some of which have had to leave the field. The antitrust scrutiny is thus focused on whether those being forced out of business are inefficient suppliers (i.e. vertically integrated or independent retailers) or independent retailers who were efficient but disadvantaged through predatory pricing policies of the integrated gasoline operators.

Innovations in pricing policies, such as the larger grocery retailers' imposition of "slotting fees" for scarce shelf space, have been in place for some time, but are now proliferating rapidly (some suggest at the same rate as new products are introduced, which, according to an industry study, was more than 18,000 in the past year). Demands for a lump-sum payment (originally for a slot in the retailer's warehouse and now for shelf space), particularly from the larger mass retailers operating in highly concentrated markets, are as controversial as the chain store movement of the 1930s. The slotting fees are one of a number of marketing practices implemented to introduce new and risky products, in particular groceries, books and children's toys, into the marketplace. While the fees may discriminate between various manufacturers, they also to some extent share risks between retailers and manufacturers (apparently more than 70% of new grocery products are removed from the shelves within the first year); thus, the circumstances dictate whether the fees are pro or anticompetitive. Antitrust scrutiny focuses on whether these pricing practices are legitimate responses to scarcity or whether, by closing market distribution channels to the smaller manufacturers, they constitute either anticompetitive price discrimination or an abuse of a dominant position in the marketplace.

Print media, in particular the newspaper industry, have undergone significant restructuring since the emergence in the 1960s of new technologies, such as computers and "cold type" composition or offset printing; however, the impact of the most profound development, the Internet, is yet to be felt. So far restructuring has included consolidation and increasing concentration of ownership and some industry stakeholders contend that, for a democratic country like Canada, too much political and cultural power is now held by too few media moguls. The Competition Bureau has conducted a review of all major newspaper mergers and acquisitions throughout this period, but, understandably, it has focused solely on its narrow mandate relating to the commercial side of the business and neglected the broader public interest aspects such as editorial diversity and quality. Given

the absence of a formal review process for these fundamental public interests and the in situ merger review process set up under the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act*, various industry stakeholders have suggested it would be worthwhile to look at expanding the objectives of these acts and the mandates of the Competition Bureau and the Competition Tribunal to include broader social interests.

In light of these public controversies, Parliament must once again look at its antitrust act and modify it to fit the new circumstances. Some antitrust experts feel that the conspiracy provisions of the *Competition Act* are not designed to distinguish sufficiently between collusion and the strategic alliances being sought by the business community as an alternative to a full-blown merger. A growing number of stakeholders feel that the *Criminal Code* is not well suited to distinguish between anticompetitive conduct and perfectly legitimate procompetitive conduct in terms of price discrimination, predatory pricing and price maintenance practices. Some also advocate new powers of temporary cease and desist for the Commissioner of Competition or the Competition Tribunal to deal with egregious predatory behaviour. Private rights of action and access to the Competition Tribunal for certain reviewable matters (e.g. refusal to deal, exclusive dealing, tied selling, and market or territorial restrictions) must be reviewed, given the expanding industry coverage and workload and the limited resources of the Competition Bureau. The Committee's inquiry into the *Competition Act* will look at these issues.

CHAPTER 1:

COMPETITION AND COMPETITION POLICY IN CONTEXT

1. The Government of Canada should re-evaluate the minimum thresholds for reviewing a merger, and, if found unsatisfactory for the optimal enforcement of the *Competition Act*, might give further consideration to resetting them accordingly.

2. The Government of Canada provide the Competition Bureau with the resources, including financial, necessary to ensure the effective enforcement of the *Competition Act*.

CHAPTER 2:

CONSPIRACIES AND OTHER HORIZONTAL AGREEMENTS

3. The Government of Canada, after consulting with stakeholders, consider the feasibility of creating a two-track approach for agreements between competitors. The first track under consideration would be to retain the conspiracy provision (section 45) of the *Competition Act* for agreements that are strictly devised to restrict competition through reducing output and raising prices (i.e. hardcore cartels). The second track under consideration would deal with any other type of agreement between competitors in which restrictions on competition are ancilliary, under a modified abuse of dominant position provision (section 79) of the *Competition Act*.

4. The Government of Canada, after consulting with stakeholders, should study the impact of repealing the term "unduly" from the conspiracy provision (section 45) of the *Competition Act*.

5. The Government of Canada should undertake a complete economic and legal analyses of proposals for modifying the abuse of dominant position provision (section 79) of the *Competition Act* with a view to include either a test that considers whether an agreement between competitors would "lessen competition substantially" or an explicit defence in which resulting efficiencies would be weighed against the anticompetitive effects of such an agreement.

CHAPTER 3:

PREDATORY PRICING AND BEHAVIOUR

6. The Government of Canada, after consulting with stakeholders, should consider amending paragraphs 50(1)(*b*) and 50(1)(*c*) of the *Competition Act* by replacing the phrase "or designed to have that effect" with the phrase "and designed to have that effect." In this way, the criminal predatory pricing provisions would require evidence of both "pricing below cost" and the intent of "lessening competition or disciplining or eliminating a competitor."

7. The Government of Canada, after consulting with stakeholders, consider adding a new predatory pricing provision in the reviewable civil section of the *Competition Act*, possibly to be made applicable to the abuse of dominant position provision (section 79). The Government of Canada should also give consideration to ensuring that both the alleged predator has "market power" and the practice in question would "lessen competition substantially." Consideration should be given to introducing new enforcement guidelines for predatory pricing under the abuse of dominant position provision.

8. The Government of Canada should study the impact of amending section 78(i) to state: "selling products at a price lower than average variable cost for the purpose of disciplining or eliminating a competitor."

CHAPTER 4:

PRICE MAINTENANCE, DELIVERED PRICING AND REFUSAL TO DEAL

9. The Government of Canada, after consulting with stakeholders, should consider amending the *Competition Act* with respect to price maintenance (section 61) to distinguish between those that are anticompetitive and those that are efficiency-enhancing. Price maintenance practices among competitors, whether manufacturers or distributors, should remain in the criminal section of the *Competition Act*, possibly to be shifted to the conspiracy provision (section 45). Price maintenance agreements between a manufacturer and its distributors might best be moved to the reviewable civil section, possibly to be made applicable to abuse of dominant position provision (section 79). This provision should also ensure that both the person in question has "market power" and the practice in question would "lessen competition substantially."

10. Should the Government of Canada act on the Committee's previous finding, the Competition Bureau introduce new enforcement guidelines with respect to abuse of dominant position (section 79) in relation to price

maintenance agreements between a manufacturer and its distributors, including the analytical framework for the assessment of market power and competitive effects. Consideration should be given to introducing enforcement guidelines for conspiracies (section 45) that relate to price maintenance agreements between manufacturers or distributors under section 61.

11. Should private individuals be permitted to make application to the Competition Tribunal for relief in matters involving civil review, the Government of Canada should consider amending the delivered pricing provision (section 81) of the *Competition Act* to ensure that the practice in question would "lessen competition substantially."

12. Should private individuals be permitted to make application to the Competition Tribunal for relief in matters involving civil review, the Government of Canada should consider amending the refusal to deal provision (section 75) of the *Competition Act* to ensure that the practice in question would "lessen competition substantially."

CHAPTER 5:

PRICE DISCRIMINATION

13. The Government of Canada, after consulting with stakeholders, in particular with representatives of small businesses, should consider repealing the price discrimination provisions (sections 50(1)(*a*) and 51) of the *Competition Act* and include that prohibition under the reviewable civil section, possibly to be made applicable to the abuse of dominant position provision (section 79). The Government of Canada should also give consideration to ensuring that both the person in question has "market power" and the practice in question would "lessen competition substantially." Consideration should also be given to expanding the coverage of the provision to govern all products, including articles and services, and all transactions, not just sales. Consideration should be given to introducing enforcement guidelines for price discrimination under the abuse of dominant position provision.

CHAPTER 6:

PRIVATE RIGHTS OF ACTION

14. The Government of Canada give further consideration, in consultation with stakeholders, to enacting legislative changes necessary to permit private individuals who have been prejudiced in the conduct of their business by anticompetitive conduct to make application to the Competition Tribunal

for relief in matters involving civil review. The issue of the relief available to private litigants, whether in the form of injunctive relief or damages, or both, may also be the subject of further consultation.

CHAPTER 7:

INTERIM CEASE AND DESIST POWERS

15. The Government of Canada, in consultation with stakeholders, give further study and consideration to amending section 100 of the *Competition Act* and (other sections in consequence thereof) to apply to matters civilly reviewable by the Tribunal in respect of which an inquiry has been commenced under section 10(1), or in respect of which an application has been commenced by a private party consistent with finding no. 14.

CHAPTER 8:

THE NEWSPAPER INDUSTRY, A DIVERSITY OF VIEWS AND THE *COMPETITION ACT*

16. The Government of Canada, through the Department of Canadian Heritage and other departments, continue to discuss and consider, in consultation with stakeholders, issues of diversity of ownership in the newspaper industry and other information media.

INTRODUCTION

> *In general we have a solid, modern Act that we can be quite proud of. It reflects modern economic thinking. It is a piece of economic regulation ... And it's pretty up to date. [Tom Ross, 46:9:15]*
>
> *Things can always be made better, and the* Competition Act, *which we believe continues to reflect the balanced and modern approach to competition law, is no exception. [Paul Crampton, 53:15:35]*

Canada's original competition law, passed in 1889 and entitled *An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, was the first of its kind anywhere in the world. The new law marked an end to the prevailing laissez-faire attitude as a result of public suspicion of the mushrooming trend towards mergers and trusts at the end of the nineteenth century. While weak at its inception, Canada's competition law has been modernized and made more effective with each modest revision, of which there have been many in the past century. At this time, Canada can stand proud of its *Competition Act*; it is an effective law that balances the interests of consumers in obtaining high quality goods and services at competitive prices with the interests of the commercial actors in being free to forge and pursue their business plans and strategies unencumbered by government dictate.

The *Competition Act* is a well-crafted economic instrument designed to preserve and enhance the process of competition. It is a law of general application; it applies to all industries in equal measure (except those provided a parliamentary privilege) and puts the interests of no one competitor or class of competitor ahead of those of any other. By establishing a broad competition framework, thereby setting "the rules of the game;" by making the Competition Bureau's enforcement guidelines widely available to the business community while fulfilling its advocacy role at many regulatory hearings, thereby making the rules known to all players; and by judiciously enforcing the Act's provisions, so that the game is called according to the rules; Canada's *Competition Act* and its enforcement agents have produced an economic environment in which non-compliance with the law is more the exception than the rule.

Canada's original competition legislation was unquestionably born out of the public's distate for the business combinations being formed at that time. However, most of these large-scale mergers were an organizational response to the innovations for products and processes that entailed vast economies of scale. A similar set of circumstances appears to be unfolding today. The source of change is again innovation, but this time it has less to do with cost advantages of scale and scope associated with new physical capital and more to do with creative advantages associated with the stock of knowledge (or "human capital"). Rather than one-time changes, followed by a period of exploiting size and scope, today's knowledge-based economy is accompanied by a

process of constant change in which products, technologies and methods of production and distribution are always being upgraded and improved. As new business models are being formed in this innovative period, they are exerting new pressures on the business sector and are revealing new stresses in the competition policy framework.

The more traditional retailers seem hardest hit by "Big Box" retail formats based on "just in time" inventory and delivery systems and by the Internet, which sometimes circumvents the intermediary function altogether. Whether gasoline retailers, grocery suppliers or other small businesses, the smaller independents feel they are being squeezed out by the much larger vertically integrated competitors. As a result, they are openly questioning the effectiveness of the predatory pricing and abuse of dominant position provisions of the Act. Yet the newer information and telecommunications companies wishing to form strategic alliances, rather than attempting a full-blown merger that might entail a loss of focus and productivity, are challenged by conspiracy laws that were developed for an industrial economy at the turn of the last century. Somewhat analogously, manufacturers of complex products that require unusually extensive information and/or demonstration services to be provided by retailers to persuade prospective consumers of the product's utility are inadvertently constrained in their pricing strategies by price maintenance laws conceived to combat manufacturer or distributor conspiracies.

This report responds to these concerns by advancing preliminary findings, suggesting directions for further work and consultation, for reform of selective but pertinent provisions of the *Competition Act*. Chapter 1 identifies key economic developments that are reshaping the commercial landscape at this time, while placing Canadian competition policy, both the law and its enforcement, in its proper context. Chapter 2 looks at the Act's conspiracy provisions to determine, if needed, how best to modernize these to take into account the business sector's increasing trend to forge strategic alliances and joint ventures. Chapters 3, 4 and 5 consider shifting several anticompetitive pricing provisions of the Act — predatory pricing, vertical price maintenance, and price discrimination — so that the reviewable civil section of the Act would apply to them rather than the criminal provisions. Improvements to the refusal to deal and delivered pricing provisions to avoid getting embroiled in private contractual disputes are also considered. Chapter 6 addresses the issues related to extending private enforcement of anticompetitive conduct applicable to the reviewable civil section of the Act. Chapter 7 ponders the Commissioner of Competition's request for new powers to issue interim cease and desist orders and ways to improve the Competition Tribunal's procedures. Chapter 8 reviews alternative ways of addressing the concentration of ownership in the newspaper industry, including through the possible modification of the *Competition Act* to include provisions for this single industry. Finally, the major conclusions and preliminary findings of the report are summarized.

The Committee emphasizes that this report should be viewed in the context of proposals for change that are currently being considered by the Competition Bureau, the Competition Tribunal and private sector stakeholders. For this reason, the Committee has not made definitive recommendations at the present time. Rather, the Committee will present a series of preliminary findings based on the evidence received to date and careful consideration of the issues raised.

CHAPTER 1:

COMPETITION AND COMPETITION POLICY IN CONTEXT

The purpose of competition policy and competition law ... is to protect competition and economic efficiency, not to protect competitors. It's to protect the efficiency of the process, not the existence or the viability of individual companies. [Roger Ware, 52:9:45]

Competition law is essentially a back-up. If the market runs beautifully, the Commissioner should be asleep. ... The reality is the market does not work on a perfectly good self-sustaining basis and there are competitors who will seek to fix prices. There are competitors who will exercise their market power in ways that are unacceptable to society and we simply have to hit them ... and say "no." [William Stanbury, 47:16:05]

As a general law of general application ... one of the implications ... is that it is a very blunt instrument. [Lawson Hunter, 46:9:25]

Recent Economic Developments and Competition Policy

Two major economic forces are shaping the world economy as we move into the third millennium: globalization and innovation. "Globalization" is the growing economic and political integration and interdependence of countries as a result of trade, investment, movement of persons and the dissemination of knowledge. Multinational enterprises have been at the centre of this globalization process. These seemingly denationalized and borderless corporations, encouraged by recent advances in transportation and communications technologies, have begun to outsource the manufacture and assembly of selective non-core components of their complex products to affiliates and strategic allies across national borders, thereby taking advantage of the new trade environment sweeping the globe. The business sectors of most industrialized countries have thus internationalized their activities, resulting in an intricate web of linked activities around the world.

Today's knowledge-based economy, although still in its infancy, is proving to be fast-paced and spurred by product, technology and organizational innovation. Anecdotal evidence is all around us: product lifecycles are becoming shorter and shorter all the time;[1] new, largely computer-assisted technologies resulting from the digital microprocessing revolution are proliferating in all aspects of business from the factory

1 The average life of a personal computer model on the market today is no more than six months; for computer software, it is about six months; and for semiconductors, it is about one to two years. Even our more traditional products are undergoing rapid transformation. For instance, automobile models that used to last about a decade without major design changes are now being revamped about every four to six years. The lifetime of a typical aircraft model has declined from about two decades to somewhat less than one.

giants to the local corner store;[2] and lean production techniques, which promote specialization in core competency activities while outsourcing from strategic allies, are reorganizing the marketplace.[3]

The government policy responses to these developments, in the form of trade liberalization efforts and the deregulation and privatization of utilities, have made the Canadian economy more competitive. For example, the Canada-United States Free Trade Agreement (FTA) has played a significant role in raising the productivity and competitiveness of the Canadian manufacturing sector over the past decade by forcing industry to rationalize plants and operations and to exploit economies of scale further.[4] Innovations in telecommunications and energy technologies and systems have eliminated any general notion of "natural monopoly," and resulted in deregulation and open competition where once only government or regulated private monopolies dominated the commercial landscape.

These new business models exert new pressures on the business sector and are beginning to reveal new stresses and fracture points in the competition policy framework. For instance, greater cross-border trade may also mean more international anticompetitive conduct. As a result, competition authorities must respond by further cooperating with one another:

> International cooperation is my number one priority. We clearly live in an integrated North American market, and probably an increasingly global market. We cannot administer the *Competition Act* appropriately without international cooperation, first of all with the Americans, but with other nations too. We have very good cooperation with them in criminal matters. We have the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act* and we regularly do joint investigations. We exchange data and have been quite successful in dealing with international cartels. The same kind of exchange on the civil side is lacking because the American law does not allow them to exchange unless the Canadian law has reciprocal dispositions. [Konrad von Finckenstein, Commissioner of Competition, Competition Bureau, 43:10:25]

This, however, will be no easy task. In civil matters, far greater confidentiality issues are at stake:

> There are different considerations at stake in criminal matters, as opposed to civil, or administrative, or competition law matters. The criminal matters tend to be looking at what you did last year, or in a lot of the cartel cases it could be 10 or 15

---

2 Computer-related investments, which have been growing in real terms by 64.2% between 1992-95 in the services sector, accounted for as much as 55% of all investments made by the business services sector; see The Centre for the Study of Living Standards, *Productivity: Key to Economic Success*, March 1998, p. 32.

3 The "Big Box" stores emerged as an important retail force with the development of "just in time" production, inventory and delivery systems and the Internet is, in some cases and among other things, having the effect of circumventing the retail function altogether.

4 Daniel Treffler reports that productivity rose by 0.6% per annum between 1988-95 for industries that experienced average tariff cuts, while rising by 1.5% per annum for industries that experienced large tariff cuts; see Treffler, Daniel, "Does Canada Need A Productivity Budget?," *Policy Options*, July 20, 1999, p. 69.

> years ago. Information of that sort often is not particularly competitively sensitive. Sometimes it is, but not always. It's historical — whereas, in the civil matters, abuse of dominance, mergers especially, you're looking forward and the information the Bureau needs to investigate and assess these cases properly is current, up-to-date information of the companies: their current business plans, their current capacities, their current R&D programs, their current product development. That stuff is far more sensitive than your market shares and production figures from 1983... [Milos Barutciski, Davies, Ward & Beck, 50:9:45]

Most disputes in civil matters, at least in Canada, are resolved expeditiously and efficiently through "informed negotiation," the vital ingredient for the process to be fruitful and productive. The companies need to have the confidence that they can tell the Competition Bureau all the pertinent facts on the understanding that this information is not going to slip out to their detriment in a perfectly legitimate context. This becomes tricky when cooperating with foreign competition authorities:

> So you may want to reflect on having some language in here to make sure that if we're cooperating with somebody, it's with a country that has a competition law that approximates, or at least reflects, what we call competition law, not something that's completely different — national champion industrial policy in the guise of competition law. Out of the 80-plus competition Acts in the world, and I can point to you several, that are really more industrial policy and picking national champions and giving them a break, at the expense of foreign competitors, as opposed to real competition acts that protect the competitive process. [Milos Barutciski, 50:9:45]

A knowledge-based, innovation-driven economy is a dynamic economy, one that is characterized by numerous new products, technologies and production processes, and even new industries. Barriers to entry into the more mature industries can be knocked down and competition can sometimes flourish where it has never been seen before. Market dominance also appears to be more short-lived than in any previous time. However, across all industries technological change is apparently driving down the costs of production with the result that the typical firm's cost structure more frequently exhibits substantial increasing returns to scale (a cost structure in which declining unit or zero marginal costs are achieved with increased output). Allegations of predatory behaviour are likely to mount in this new economic environment and the related provisions of the *Competition Act* will come under increased pressure and scrutiny. The Committee was reminded of the benefits derived from organizational innovation and the appropriate competition test:

> Organizational innovation is a very important source of innovation. I mean sometimes we miss it, we think about innovation as new products or processes but sometimes it's just a new organizational form. The ultimate test should be whether consumers benefit by it. And if they're disadvantaged because the dominant grocery chain has squeezed suppliers and told them not to supply, we should go after that, because that's taking away a level playing field and not giving the independent grocery a chance to compete. But given that level playing field, if one organizational form starts to lose to another ... We don't have many blacksmiths any more either, and I don't think it's in our interest to protect them. [Lawson Hunter, Blake, Cassels & Graydon, 46:10:15]

Innovative products will often be accompanied by an intellectual property right and there is an interface there that must be looked at more closely:

> The other thing is that the intellectual property rights are becoming increasingly important. By definition, they restrict the use of certain property. We have, for instance, issued in the guidelines how we see those two can interact in an intellectual property regime and a competition regime, because it seems ... to be one of the key questions we're going to ... increasingly face. [Konrad von Finckenstein, 43:10.25]

The policy and enforcement interfaces between intellectual property and competition policies are complex; however, clear borderlines must be drawn between competitive and anticompetitive conduct.

> The intellectual property laws by and large have two purposes. They give you a right of property in your ideas so that you can market them and you can get the financing. Since you did the intellectual work, you should reap the benefits. That's essentially it. That's for a limited period; after that, they become public goods. The period varies with the intellectual property you're talking about. However, having been given essentially this time-limited monopoly to reward you for your rights, you should not be able to abuse it. What we look at first of all is how you market it, how you license, what you can do. We make sure your licensing is not done in a way that you're using it to lever yourself into other markets and you use unfair advantage that has nothing to do with your invention. Since you have that invention and people want to get at it, they're willing to pay that price. So that's the unfair leverage aspect. The other one is that there are some rare instances where we say that because it's a key to a larger market and you're refusing to share it with anybody, you're holding up overall development. You've really wreaked havoc in the Canadian economy. In those cases, there is essentially an abuse of your power. You should be fairly rewarded for it, etc., but you should share it on fair terms. [Konrad von Finckenstein, 43:10:55]

These economic developments also pose new challenges to the competition authority. For one, we must revisit the Competition Bureau's two-year forecast horizon when reviewing mergers and other matters:

> I am concerned that the current law does not give sufficient weight to innovation. We, and the Bureau, need to give, either legislatively or in its guidelines, more importance to innovation in markets, and that is often a factor in the question of how much time they're willing to look at that changes may take in the marketplace. They tend to take a two-year view, and in some industries I think that may be too long a period. In others, it may be plenty of time. But I'm not sure innovation is properly factored into the law at the moment. [Lawson Hunter, 46:9:30]

Though such a proposition is not clear cut:

> That's one of the difficulties with merger analysis, unlike some of these abusive practices in which you have an ongoing history or something that's tangible and that you can relate to. In a merger, you're trying to predict what will happen as a consequence of the change in the structure of the market. That can be very difficult. I can understand the Bureau not wanting to go too far out into the future, but in some cases that might shift the balance of concern from one side to the other. You may have all kinds of competitive developments that may occur two and a half or

> three or four years down the road; you're ignoring that and that's probably not very good. [Donald McFetridge, Carleton University, 44:10:10]

Moreover, with the microprocessing and information technologies revolution in today's economy, many user networks demand standard setting agreements; however, a network economy poses its own set of problems for competition and the competition authority:

> The new economy has several features that are very worrisome. It is, in effect, a network economy. And whoever controls the network can use his dominant position. Or you have several networks, etc. So there's a huge degree of interconnectivity and interdependence that's being created in the new economy, and how can you assure competition with it? [Konrad von Finckenstein, 43:10:25]

The task is daunting.

Competition and Competition Policy Interplay

The interplay between competition, on the one hand, and competition policy and law, on the other hand, is interesting. Witnesses made it clear from the outset that: "Competition is a means to an end. The reason we have competition is to deliver the best products at the best prices for the people who buy them" [Donald McFetridge, 44:10:25]. As a result, "the best protection for consumers is a free and open market, with as few barriers to new competitors coming in as possible, whether they're regulatory, ownership, trade, whatever types of barriers" [Donald McFetridge, 44:10:25]. However, unfettered competition alone is not enough. A complementary competition policy is required in circumstances where, owing to technological or regulatory barriers, competition will not automatically and immediately flourish.

While competition and competition policy are complementary, they are not perfect substitutes when regulatory barriers intervene:

> I think they are complements to each other, and that's how we need to think about them. The two go hand in hand. You're absolutely right that if Canada had a different policy about cabotage or if we didn't have the same interprovincial restrictions on industrial milk quotas or whatever it may be, then it would be easier to deal with a dairy merger, it would be easier to deal with an airline merger. It's not always the case that those policies will completely substitute for competition law. [Margaret Sanderson, Charles River Associates Canada Limited, 48:11:05]

Indeed, certain government policies, deliberately or inadvertently, restrict competition and in such situations:

> There are many ways to foster additional competition. ... Often the government enacts a number of regulatory restrictions for different purposes. One of the outcomes, whether explicitly intended for that or not, is to restrict competition. That being said, this does not deny the fact that we do need to have a strong *Competition*

> *Act* in this country because it provides a framework law for basic businesses to operate under. [Margaret Sanderson, 48:11:05]

However, competition policy can be at best partially corrective, for example:

> If you limit interprovincial trade, you're going to cause problems downstream for processors, in that you can create a potential monopoly, not because there aren't potential competitors out there ... but because you have precluded them by regulation from competing. ... Regulations which keep competitors out of markets, whether it's provincial markets or the national market, are the enemy of competition, competition law and policy sometimes can't do very much about fixing that. ... Competition policy may be just the window dressing there and it really can't do anything about the lessening of competition that has been put in place for other reasons. [Donald McFetridge, 44:10:15]

In this case, "competition law alone is not sufficient to ensure the vitality of the competitive process. ... Occasionally competition law can offset some of the negative effects of these types of restrictions. More frequently, however, it cannot. Indeed, trying to twist competition law so as to accommodate an anticompetitive regulatory environment is likely to compromise and even corrupt competition law. Bad regulation begets bad competition law" [Donald McFetridge, 44:9:05].

This interdependency also runs in the opposite direction when governments adopt policies that, deliberately or inadvertently, foster competition. For example, trade liberalization accomplished through the FTA, followed by the North American Free Trade Agreement (NAFTA) was not only good trade policy, but also good competition policy.

Competing and Complementary Provisions of the *Competition Act*

The overriding objective of Canada's *Competition Act* is to preserve and promote the competitive process and, as witnesses mentioned time and time again, not to preserve and protect individual or classes of competitors:

> Protecting competition is not the same as protecting individual competitors. ... Competition law should not be used to protect or give advantage to individual competitors or classes of competitors, nor should competition law be used to pursue other political or social objectives. Nevertheless, if competition is allowed to flourish many of the good things commonly sought by governments are likely to follow and these include economic efficiency growth and economic opportunity. The historical record on this is hard to dispute. [Donald McFetridge, 44:9:05]

Given this one constraint, any competition framework, if it is to work for consumers' welfare and economic efficiency, must incorporate the most up-to-date economic analysis. There is, nevertheless, considerable room to manoeuvre in the choice of framework, with no one framework being the "correct" framework. The mix of competition provisions in any governing Act will usually reflect the culture, business customs, legal history, political philosophies, and the geographic and demographic size and makeup of a country.

For example, the United States antitrust agency, the Federal Trade Commission, begins to get tough on mergers at much lower levels of industrial concentration than does Canada's Competition Bureau. This is because the much larger United States economy means there is much less risk that firms will not achieve economies of scale and other savings related to size and scope. Furthermore, Canada's competition legislation sets us apart from other countries in that it probably better takes into account the efficiency considerations of a proposed merger. Canada's competition legislation explicitly requires that the review of a merger balance the anticompetitive effects related to the "prevention or lessening of competition" against the likely "gains in efficiency," with whichever of the two impacts is greater determining acceptability or unacceptability. This provision is far more generous than it is in the United States, where the efficiency gains must be so great that prices will not rise as a result of the merger.

While the much smaller Canadian economy dictates a less vigilant merger enforcement framework than exists in the United States, this does not mean that Canada has a less vigilant competition policy than the United States. Weaknesses found in the merger review process can be made up elsewhere, for example, by having more stringent anticompetitive pricing, market restriction and abuse of dominant position prohibitions. Obviously, a careful balancing of factors is required.

Indeed, the needed balance can be a subtle one. One contemporary example of this subtlety at the enforcement stage has proven to be an unresolved public concern for the better part of a decade.

> Not enough attention was paid to the significance of that back when there was some consolidation going on in the refining sector in the oil industry. ... The Bureau allowed the consolidation to take place, and that's why in my view you're seeing some of the problems today in that sector, because there just wasn't enough supply available. The notion was that, oh well that'll come across the border, but the reality was that wasn't really going to happen. So you do need to look down the road and I think that maybe some past decisions have exacerbated that problem. [Lawson Hunter, 46:10:00]

If this view is correct, then the organizational structure of the downstream petroleum products industry presents an almost unresolvable competition problem for Canada's anticompetitive pricing provisions:

> It happens to be a very homogeneous product. There's no difference at all whether you buy the gas from Esso or Shell. It's purely driven by price. There's no differentiation whatsoever between the various products. So it's only the price, and it's rising higher. The fact is, it's also an industry that posts its prices. So the price information that is going on in the industry is about as readily available as it can be. Therefore, for companies to move in unison is no problem, and that's what they're doing. It's conscious parallelism. The margins for the retailers are relatively very small. If there's an opportunity to raise the price and increase your margin and one person does it, everybody follows the leader. This is the behaviour that consumers see, and they say there has to be a conspiracy. So far, we haven't found one ... notwithstanding extensive investigation, millions of dollars spent going through

> thousands of documents, putting people under oath, searching and seizing documents, and doing everything. [Konrad von Finckenstein, 43:10:00]

The Committee is in no position to ascertain the validity of this hypothesis, but its mere possibility only confirms the importance of getting the competition framework right; one that fits Canada's unique economic circumstances.

Legislation, Guidelines and Enforcement

The Committee feels that, apart from the specific provisions contained in the *Competition Act*, its overriding objective is to assess whether Canadian competition policy represents modern economic analysis, is clear and transparent to the business community, and is appropriately enforced. Most witnesses gave the *Competition Act* a positive evaluation. A typical response was "I think that in general we have a solid, modern Act that we can be quite proud of. It reflects modern economic thinking. It is a piece of economic regulation ... And it's pretty up to date" [Tom Ross, University of British Columbia, 46:9:15]. Yet everyone who extolled Canada's *Competition Act* as a modern piece of economic regulation was also able to find room for improvements. Consider, for example, the following comments made on the economic analysis of merger review, a section of the Act where most stakeholders believe the least amount of change is needed, and in their interpretations by the Bureau and the Tribunal:

> I think considerable thought went into the framework for merger analysis as it's embodied in the *Competition Act*. I think that in general it's still applicable and I don't see any serious need to tinker with it. For the section 93 factors, which would require the Bureau — and then ultimately the Tribunal if a merger goes to the Tribunal — to assess the broad state of competition in the market, including foreign competition, potential entry, technological change, and these types of things, the law is well written here ...

> You might want to quarrel a bit with the time horizon that the Bureau has imposed on itself, this sort of two-year horizon — "well, we won't look beyond two years" — other than the fact that it's very hard when you're doing merger analysis to look ahead at all, to make very good predictions about what will happen in the future. ...

> With respect to efficiencies in section 96 of the Act, that, even after all this time, have not been resolved. I think there's some expectation that the Competition Tribunal will pronounce upon the appropriate interpretation of section 96 in its Superior Propane decision. We will see, I guess, when they hand down their decision — it's supposed to be sometime this summer — exactly how they propose to interpret section 96. Then we'll see if it's consistent with what Parliament might have intended. [Donald McFetridge, 44:10:10]

In terms of predatory pricing, something that the Committee expects will be of more importance in the upcoming years, Professor VanDuzer was critical of the Bureau's enforcement guidelines:

> A ... concern about the guidelines is that they were published in 1992 and they don't fully reflect the current learning on the situations in which predatory pricing might occur. There's been a lot of economic evidence and a lot of economic analysis to suggest that there is a wide range of circumstances in which a predatory strategy is rational. One of them has to do with the success that a firm might have in establishing a reputation for toughness by predatory activity. [Anthony VanDuzer, University of Ottawa, 14:15:40]

Lack of clarity in the enforcement guidelines is a problem, but criticisms went beyond this feature.

> The other concern we have is that if we look at enforcement we see that over the five-year period we looked at there were 382 complaints about predatory pricing and there were no formal enforcement actions taken, and a relatively small number of negotiated settlements in predation cases. I think one has to be very clear that you cannot draw, and we did not draw, any specific conclusion about that enforcement record, because whether that's a good record or a bad record depends, in significant part, on the relative priorities the Bureau attaches to other activities given the budgetary constraints to which it's subject. We all have to acknowledge, I think, that litigation is a very expensive proposition. Notwithstanding that, we did have some concerns about enforcement. [Anthony VanDuzer, 14:15:40]

This appearance of inadequate enforcement leaves open to question the Bureau's selection criteria for case management, which appear biased against the pursuit of egregious predatory behaviour:

> The other aspect of these case selection criteria that causes some difficulty or that can cause some difficulty in predation cases is that they consider — I think appropriately — management considerations. And what that means is they look at the likely cost associated with getting to a resolution in a particular case. If you are contemplating a full-blown contested procedure that's going to take a long time and going to require all kinds of complicated economic evidence, then obviously it's going to be a much more expensive proposition. Unfortunately for predation cases, almost all predation cases fit that profile. [Anthony VanDuzer, 14:15:40]

To some witnesses all these problems are not the result of inadequate legislation, but stem from a lack of sufficient enforcement resources allocated to the Bureau:

> The *Competition Act* ... continues to reflect the balanced and modern approach to competition law ... Over the last few years, we recognize there may have been some cases where bona fide anticompetitive conduct was not appropriately addressed. In our respectful view, the problems in question had more to do with insufficient enforcement resources than with any fundamental inadequacy of the *Competition Act*. ... If the Commissioner of Competition were given more resources to enforce the *Competition Act*, instances of unaddressed anticompetitive conduct would be rare. [Paul Crampton, Davies, Ward & Beck, 53:15:35]

Part of the enforcement problem was identified as resulting from uncontrollable factors such as the deregulation and liberalization of the transportation, telecommunications, and energy sectors. Increased funding did not match the increased responsibility that these developments imposed on the Bureau. A second uncontrollable factor was the unforeseeable merger wave:

> On the question of workload, I think we're going through an unprecedented merger wave around the world, and of course in Canada also. The number of mergers has increased dramatically. That adds enormously to our workload. We have also seen the emergence of international conspiracies on a scale we haven't seen before. For instance, there was the vitamin conspiracy, where all the major producers of vitamin A around the world kept together and systematically conspired to share markets and to fix prices. That increases our workload. [Konrad von Finckenstein, 43:9:15]

One witness suggested this problem can be easily corrected and at no expense to the federal treasury:

> The present standard has the two thresholds. One which involves the acquired business having gross assets or gross annual revenues in excess of $35 million, Canadian dollar terms, and the parties and their affiliates having Canadian assets or annual revenues in aggregate over $400 million. Those are the same levels that they were in 1988 so whether that was the appropriate standard at that time as it was thought to be to capture the ones that are more likely to create an issue, there has been erosion in the value of those thresholds by a third. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 44:9:40]

> So I think at a minimum, the threshold ought to be elevated to restore those original dollar levels, real dollar levels, and I think this would eliminate a lot of smaller cases that are now clogging the system and arguably impairing the Bureau's ability to handle its other responsibilities. [Tim Kennish, 44:9:25]

The Committee agrees that the minimum thresholds for reviewing a merger may need to be adjusted to account for inflation over the 1986-2000 period. However, the Committee is equally uncertain about the thresholds being an impediment to the optimal enforcement of the Act — other factors may be more to blame. The Committee, therefore, finds that:

1. **The Government of Canada should re-evaluate the minimum thresholds for reviewing a merger, and, if found unsatisfactory for the optimal enforcement of the *Competition Act*, might give further consideration to resetting them accordingly.**

Apart from the positive economic benefits generated through increased competition, the Committee was also made aware of the positive impact of antitrust enforcement on the federal treasury:

> The fines obtained under the *Competition Act* last year exceeded $100 million. By contrast, the Bureau's budget for fiscal 1998-1999 was reported to have been $25.3 million. So clearly there's room for some of the money that's being generated under the *Competition Act* to be allocated to the improvement of the enforcement of that legislation. [Paul Crampton, 53:15:35]

While the Committee does not advocate that antitrust enforcement be a profit-maximizing exercise, clearly more consideration should be given to allocating additional resources to the Competition Bureau. The Committee, therefore, finds that:

2. **The Government of Canada provide the Competition Bureau with the resources, including financial, necessary to ensure the effective enforcement of the *Competition Act*.**

Finally, there are two other variables that can have an impact on enforcement and are worthy of further study: private enforcement (addressed in greater detail in Chapter 6) and fines. No witness suggested that industry treated fines similarly to a licence fee and regarded them as just another cost of doing business. As the Commissioner of Competition put it: "The fines are very substantial. They're the largest ever in Canadian criminal history. Nobody has ever collected fines like we have collected in the last two years. Also, they're not deductible from tax, so they're a direct hit on your bottom line" [Konrad von Finckenstein, 43:11:25]. As a supplementary note on the determination of a fine:

> In the final analysis, of course, it's the courts that do the determination of fines. But when the Department of Justice is involved in assessing cases, you're indeed looking at deterrence. You're looking at the value of commerce and the impact on those particular companies concerned. You also go into their past behaviour. Is this something that's relatively new in their behaviour, or is this something that has some long history? The courts do take that into account, and we take that into account when we're looking at sentencing. Certainly those fines that were assessed in those particular cases have a greater deterrence than we would have achieved a few years ago, when we were getting fines of a maximum of $1 million on the same volume of commerce. We've come a long way through this process. In fact you'll note that this has been a trend both in the United States and Canada, and in the last three or four years there has been a dramatic escalation in fines as the courts say that price-fixing is indeed a criminal offence that should be taken seriously ... [Don Mercer, Competition Bureau, 43:11:25]

The Committee therefore sees no reason to alter the maximum fines imposable on violations of the Act.

CHAPTER 2:

CONSPIRACIES AND OTHER HORIZONTAL AGREEMENTS

Section 45 is one of the central pillars of the Competition Act, dating back to 1889. [Paul Crampton, 53:15:40]

In joining forces in business life today, parties have choices of how they want to integrate their businesses or coordinate them. Those choices today are affected by whether or not it will receive merger treatment or may be exposed to the sanctions of the criminal law if it transgresses that standard. [Tim Kennish, 44:9:15]

The principle of separating agreements between competitors into a criminal category that address hard-core cartel conduct and a non-criminal category that address everything else ... holds some significant potential for improving the Competition Act. [Paul Crampton, 53:15:40]

Legal Treatment of Conspiracies and its History

The prohibition against horizontal agreements (i.e. between competitors in the same product market) to fix prices, allocate markets and/or restrict the entry of competitors has been a central feature of Canada's antitrust Act since 1889. For most of the original Act's history, the prohibition was ineffective due to the presence of the word "unlawful" and the lack of a permanent investigative and enforcement body. Between the *Combines Investigation Act* of 1923 and the enactment of the *Competition Act* in 1986, the enforcement of the prohibition varied according to the legal interpretation given to the term *unduly*. In this period, not surprisingly, there were several unsuccessful attempts to rid the Act of this word in order to strengthen the prohibition. After the decisions of the Supreme Court in *Aetna Insurance* (1977) and *Atlantic Sugar* (1980), the Crown had to prove that the alleged conspirators both intended to enter into the agreement and intended to lessen competition *unduly*. The double intent proved hard to establish, as can be seen by the drop in the Crown's success rate from 90% to 55%.[5]

The enactment of the *Competition Act* reversed these court decisions, however. Section 45 of the *Competition Act* provides that "everyone who conspires, combines, agrees or arranges" to lessen or prevent competition *unduly* is guilty of a criminal offence and is liable to fines and/or imprisonment. This provision incorporates a defence for horizontal agreements between competitors for the exchange of statistics, defining product standards, or the sizes or shapes of product containers and packaging, the exchange of credit information, research and development, placing restrictions on advertising, promotion or measures to protect the environment, and for the adoption of

5 Stanbury, William, The New Competition Act and Competition Tribunal Act: "Not With A Bang, But A Whimper," *Canadian Business Law Journal*, Vol. 12, 1986/87, p. 20.

the metric system of weights and measures. There are specific defences for export consortia and specialized agreements. The Act's most significant changes, however, were introduced in sections 45(2.1) and 45(2.2), which required that "the court may infer the existence of a conspiracy, combination, agreement or arrangement from circumstantial evidence" and "it is necessary to prove that the parties thereto intended to and did enter into the conspiracy, combination, agreement or arrangement, but it is not necessary to prove that the conspiracy, combination, agreement or arrangement" would have the effect of lessening competition *unduly*.

Conspiracy-Strategic Alliance-Merger: An Organizational Continuum

The primary concern about cooperation between competitors stems from the fear that these will reduce their competitiveness through restricting supply and raising prices (possibly also leading to lower quality and less product selection). Cartel-like behaviour of this sort not only redistributes income (from buyers to sellers) in a covert way that is tantamount to fraud, it also reduces economic efficiency as resources are misallocated. Such monopolization thus produces lower economic welfare and is deemed to be a crime against society. Mergers and acquisitions may also amount to an alternative form of achieving this desired result (although they may also lead to additional efficiencies).

Not all cooperation between competitors is anticompetitive. Perennial examples would include time-limited agreements not to compete after the sale of a business to allow the buyer to profit from its goodwill and agreements on product standards. Recently, however, the business sector has preferred to form strategic alliances, usually in the form of a joint venture and involving less integration than a full-blown merger. These horizontal agreements typically provide for formal supply arrangements, access to technologies and specialized expertise, distributional channels and customers (particularly in foreign markets where there are trade barriers), capital funding, risk sharing, or collaboration on research and development. These agreements are thought to offer efficiencies, particularly in network industries.

Strategic alliances of this sort, while usually procompetitive and restricting competition in only an ancilliary way, may be afforded criminal or civil treatment under Canada's *Competition Act*. Law enforcement may proceed by way of a criminal trial under the conspiracy provision (section 45) or by way of a civil trial under either joint dominance (section 79) or a merger (section 92). The choice of venue has important consequences:

> The principal differences between the criminal treatment and the civil provision is that the new civil approach would not expose those agreements to the imposition of fines or penalties. Also, there would be the application of the rule of reason, wherein there would be an assessment of procompetitive benefits, such as efficiency improvements that might come about, which is not possible under the present law. [Tim Kennish, 44:9:10]

In effect, a strategic alliance might be regarded and treated as a so-called "hardcore cartel" or a questionable merger:

> The so-called hardcore offences are considered to be presumptively unredeeming and not worthy of examination as to whether there are any benefits that flow from them and simply banned outright. The per se approach on these hardcore offences is thought to have an enforcement simplicity that would enable prosecutions to be more effective in areas which pose the greatest threat to competition. [Tim Kennish, 44:9:10]

> This is significantly different from how mergers are judged. Mergers are assessed on a solely civil basis, again applying a rule-of-reason approach. Interestingly, mergers are much more effective in eliminating competition between parties to those mergers than agreements amongst competitors which might just create a strategic alliance or joint venture, in that they are permanent and they tend to eliminate all aspects of competition in the area of the merged business. [Tim Kennish, 44:9:15]

Many witnesses, including the Commissioner of Competition, admitted that procompetitive strategic alliances might be inadvertently caught by the conspiracy category of horizontal agreements and that this possibility could be having a significant chilling effect on the business community. Criminal law is not well suited to judge these agreements. Specialized expertise is missing in the criminal courts; structural considerations (market share or concentration) tend to dominate the very limited analysis; no consideration is given to efficiencies or innovation; and sanctions are limited to fines as behavioural solutions are not available. For these reasons:

> We need to deal with the area of strategic alliances and the conspiracy provisions of the *Competition Act*. Presently, Canadian businesses are doing their best to compete more effectively in these global markets. Some are developing close ties with other firms to gain access to technologies, to cooperate in research and development, and to achieve economies in marketing and supplier arrangements in new markets. The challenge here comes from the conspiracy provisions of the Act, which prohibit agreements that lessen competition unduly. The problem is that strategic alliances often involve agreements among competitors. Certainly the criminal sanctions against conspiracy may discourage business from entering into strategic alliances. They may, in effect, bring a chill on business in order to enter into such an alliance. It's a problem ... that criminal law is not well suited to distinguish between truly anticompetitive conduct and conduct that is in fact a manifestation of healthy competition. [Konrad von Finckenstein, 43:9:10]

The Committee observed a general consensus form on this opinion.

Proposal for Two-Track Treatment

Only a few witnesses commented on the conspiracy provisions of the Act. Most of them were satisfied with the established framework for market power/behaviour and the jurisprudence afforded these provisions. In the view of most commentators, section 45 adequately reflects modern economic thinking; though, it was conceded that some efficiency-enhancing strategic alliances might inadvertently be caught by it. For these and other reasons, some witnesses ventured a two-track alternative:

> In our view, the *Competition Act* would be strengthened if you drew a clear line between egregious criminal behaviour, such as price-fixing, to which conspiracy provisions should apply, and behaviour that is really an arrangement among competitors to compete more effectively, and which, if it has any anticompetitive aspects, would be assessed under civil law rather than criminal law. [Konrad von Finckenstein, 43:9:10]

And

> Since about 1990-1991 I've been arguing ... for a change in our laws against price fixing ... I think it is important that we create t .o branches for agreements between competitors, one branch that makes securing convictions against real true price fixers easier than it is currently. The current law can make that rather difficult because of the inclusion of the word "unduly," which can be confounding. But at the same time I recognize that we need to be more accommodating to strategic alliances and joint ventures, all these kinds of complex agreements that we see these days between firms that are in some sense competitors but in another sense can benefit, and all of Canada can benefit, from their cooperation. So I thought the law needed to create the two branches. [Tom Ross, 46:9:10]

Additional work could go into redesigning the abuse of dominant position provision (section 79) in order to make the treatment of strategic alliances and joint ventures similar to that accorded to a merger.

> First of all, the new section 79.1, which is the branch that is sort of designed for these strategic alliances and joint ventures, does not have an efficiency defence in it. It does give the Tribunal discretion. It says the Tribunal may issue an order, but it doesn't really give much guidance as to what would influence that. Our view was that we should treat these kinds of agreements like we would treat mergers. In mergers, we consider efficiency defences. In fact, that's the main point of breaking these things off ... so that you can review their efficiency impact and weigh it against the anticompetitive effect. Sometimes the anticompetitive effect might be quite small relative to the gains that could be attained through the joint venture of the strategic alliance. [Tom Ross, 46:9:10]

Modification to the Bureau's enforcement guidelines is also recommended: "As we do with mergers, I like the idea of some sort of safe harbour guidelines, but I like them to reside in guidelines rather than in the legislation" [Tom Ross, 46:9:15].

Another witness, though committed to reform, was more forthcoming in his reservations with respect to the proposed changes in Bill C-472:

> The Competition Bureau contends that the new section 45 will, and I quote, "create a per se prohibition against agreements to fix prices, allocate markets, restrict production or supply or engage in boycotts targeted at competitors." In my view, however, it is not clear that this is what the amended section 45 in Bill C-472 would do, if enacted — for several reasons. First, there is, in my view, serious confusion regarding the element of intent necessary in a per se provision. I refer you to sections 5(1)(*d*) and (*e*) ... Second, the "safe harbour" provision in section 45(7)(*e*) is a direct contradiction of the idea that we are making certain agreements among competitors' illegal per se. That is to say, regardless of their scope or effects. ... Third, it is not clear that the proposed new section 45 will cover potential

> competitors. It should do so, to be sure that agreements with possible entrants are also banned. [William Stanbury, University of British Columbia, 47:15:35]

Professor Stanbury also warned the Committee against including an efficiency defence and/or any other benefits flowing from an agreement. Instead, the Tribunal should focus on a "substantial lessening of competition" test.

Yet other witnesses were tentative in their commitment to change:

> The amendment proposed by Bill C-472 would be the most comprehensive change to section 45 in its 111-year history. Its implications for Canadian competition policy are arguably far more important than any of the amendments in Bill C-20, which received significantly greater public consultation than what's currently being contemplated. The risks of proceeding without carefully considering and assessing the implications of the potential amendments are, simply put, enormous. This is because competitors in many industries engage in a broad range of perfectly legitimate, cooperative conduct, which may be chilled by any ambiguity that may be introduced by the amendments. Conversely, we may inadvertently reduce the risks associated with engaging in certain types of harmful conduct which should remain subject to criminal sanctions. [Paul Crampton, 53:15:40]

Since Professors Ross and Stanbury advocate different courses of action on the second track of the two-track proposal, the Committee finds relief in the advice provided by Mr. Crampton.

The Committee is, nevertheless, persuaded by the witnesses advocating change; in all respects, change is long overdue. The conspiracy provisions of the *Competition Act* must be reformed to reflect modern business tendencies to form strategic alliances and joint ventures, circumstances in which the current Act is unnecessarily restrictive, while at the same time being overly restrictive in clearly anticompetitive cases. The Committee, however, is reluctant to advance any one proposal for change at this time and, therefore, finds that:

3. **The Government of Canada, after consulting with stakeholders, consider the feasibility of creating a two-track approach for agreements between competitors. The first track under consideration would be to retain the conspiracy provision (section 45) of the *Competition Act* for agreements that are strictly devised to restrict competition through reducing output and raising prices (i.e. hardcore cartels). The second track under consideration would deal with any other type of agreement between competitors in which restrictions on competition are ancilliary, under a modified abuse of dominant position provision (section 79) of the *Competition Act*.**

In order to lessen the burden of proof placed on the Crown in the case of hardcore conspiracies, the Committee is convinced that more study is required and finds that:

4. **The Government of Canada, after consulting with stakeholders, should study the impact of repealing the term "unduly" from the conspiracy provision (section 45) of the *Competition Act*.**

In order that a strategic alliance be treated in the same way as a merger, the abuse of dominant position provision (section 79) ought to be modified to allow for an explicit efficiencies defence to be weighed against the anticompetitive effects of the alliance. A "safe harbour" provision should also be built into the enforcement guidelines. On the other hand, in order that a strategic alliance be treated in the same way as any other anticompetitive conduct reviewed under this provision, the abuse of dominant position provision (section 79) ought to be modified to provide a test of whether competition would be substantially lessened by the alliance. We thus have a conflict on the conspiracy-strategic alliance-merger continuum.

Recognizing that it is in no position to choose between either suggested course of action, the Committee, therefore, finds that:

5. **The Government of Canada should undertake a complete economic and legal analyses of proposals for modifying the abuse of dominant position provision (section 79) of the *Competition Act* with a view to include either a test that considers whether an agreement between competitors would "lessen competition substantially" or an explicit defence in which resulting efficiencies would be weighed against the anticompetitive effects of such an agreement.**

CHAPTER 3:

PREDATORY PRICING AND BEHAVIOUR

> *I think it's ... desirable that the predatory pricing provisions of the* Act *be decriminalized and ... at a minimum, the civil law provides a better basis for evaluating the competitive effects of aggressive pricing behaviour, bearing in mind that if aggressive pricing does not transgress the standard and it does benefit consumers. [Tim Kennish, 44:9:30]*

> *I support the decriminalization of section 50 ... I support restricting their application to situations in which competition is likely to be lessened substantially. [Donald McFetridge, 44:9:10]*

Predatory Behaviour Defined and the Cost Test

Predatory behaviour occurs when a firm temporarily lowers its prices or expands output or capacity in an attempt to deter new competitors from entering the market or to drive out or discipline competitors who are already there. In all three cases, the predator incurs temporary losses in the expectation of, at the very least, recouping them by raising prices later. Prior to the 1980s, most economists regarded predation as extremely rare because the barriers to entry in most markets were thought to be low. Consequently, it was thought that the subsequent high prices required to recoup the losses suffered in the predatory period would not be sustainable in the face of new entrants. Moreover, predation would be very expensive; the "prey" would be aware that the period of lower prices would be costly for the predator and might hold on in the hope of eventual profits (in the case of efficient capital markets), or to see the predator attempt to buy him out. Only in the extremely rare event that the predator had greater and better access to external capital would a predatory campaign pay off; though even a takeover or merger would generally be a more successful way of monopolizing the market. Recent economic research, however, challenges this long-held position on the grounds that predation may be a more frequent occurrence than previously thought.

> I disagree with some of my colleagues in the economic profession, in my view, predatory pricing is not a phenomenon that's never observed, which was the consensus, or almost never observed, which was the consensus among antitrust economists until, let's say, five or ten years ago. In my view, predatory pricing is an activity that is a common, although not frequent, part of the business landscape. [Roger Ware, Queen's University, 52:9:45]

The Committee was told that, as simple as the above definition seems, predatory pricing and behaviour is much more complicated to establish in practice. Consider the following contemporary example:

> The essence of predatory pricing is selling below cost, under conditions where the only way it makes sense economically for the predator is if, in the future the predator can raise price and recoup those losses. The necessary conditions are the predator has to have a substantial degree of market power, and second, there have to be sufficiently high barriers to entry so that when the predator subsequently having punished the rival — either banished them — or just subdued them, can then raise the price in the future. If there are no barriers to entry, then they can't raise the price, because if they do entry will come flooding in and drive it back down to the competitive level.
>
> Those are the two necessary conditions for that to occur. That's the basic idea. Where it gets complicated is that in the very short run in many service industries, airlines being one of them, the marginal cost is near zero. I did an analysis of this and if you take it on transcontinental flights for Air Canada or Canadian Airlines, once they're committed to the schedule, as they are every quarter, and they have an empty seat, they should accept anybody who is willing to pay more than $40 or $50, because that covers the additional baggage handling, the commission, a little bit of fuel and a meal.
>
> Now, at the lowest fare, the last one I got, they charged, I think, something like $399. That's very low relative to the unconstrained economy fare, which is well over $2,000, but it's still well above that very short run measure of cost. ... That means that when you get into that kind of a situation, the competitor which has the deeper pockets, ... as I say, if you get into a bleeding match, the person with more blood will survive and the one with less will collapse, and that will be the end of the story. [William Stanbury, 47:16:05]

This broad scope in the pricing of services, whereby the marginal cost can approach zero, makes it extremely difficult to distinguish predatory pricing from aggressive price competition. In the case of perishable goods whose marginal cost is often as close to zero as you can get, "selling, for example, inventory or perishable inventory is a good example of a case where selling below cost is a perfectly legitimate business practice. So that's why it's so tricky to determine these things" [Roger Ware, 52:10:00]. Furthermore, modern thinking even questions whether the hard-to-define marginal cost concept is the appropriate test of predatory pricing:

> Predatory pricing is rare and very difficult to identify in practice because low prices are what competition is all about. What distinguishes an unreasonably low price in the sense of section 50(1)(*c*) from a competitive price? A traditional test of predatory pricing is based on costs. Professor VanDuzer states that economists generally agree that prices below marginal costs charged by a dominant firm tend to be predatory. A reading of the predatory pricing guidelines might be construed to support that view. I think the view is wrong.
>
> I think there are examples of predatory pricing but this set of conditions priced below marginal costs, is not sufficient, even if a firm is dominant. Consider just one example, Amazon.com. This firm was founded in 1995, has yet to price above cost, and yet has a stock market value of over $20 billion. It's pricing less than cost, but it's not engaged in predatory pricing. Through low prices, it's investing in a future market share as a new innovator. [Ralph Winter, University of Toronto, 48:9:20]

So there is a temporal aspect to pricing that may not be properly accounted for in the current cost test of predatory pricing. Moreover, the example where below-cost pricing is not predatory pricing was further extended to apply to simple goods such as a razor and razor blades or a number of other complementary products. Apparently, pricing razors below their accounting measures of cost makes good economic sense when it leads to greater sales of razor blades and ultimately greater firm profit. In this case, what should be compared to today's price is today's average variable cost minus the present value of the firm's expected increased gross margin per unit in the future that is attributable to the low-pricing policy. Needless to say, when this last bit of information is gathered by the investigator the "prey" will have given up the struggle. Clearly, economic theory, as a practical guide to enforcement of predatory pricing, leaves something to be desired.

Predatory Behaviour and its Legal Treatment

Predatory pricing is a criminal offence under section 50(1)(*c*) of the *Competition Act*. Several elements must be established before an offence is proven. The alleged predator must be engaged in a business and have adopted a policy of selling products at prices that are unreasonably low. Both the "policy" requirement and the "unreasonably low" price requirement have raised difficult issues of interpretation. With respect to a policy, one of four requirements must be met: (1) it must have the effect or tendency of substantially lessening competition; (2) it must have the effect or tendency of eliminating a competitor; (3) it must be designed to substantially lessen competition; or (4) it must be designed to eliminate a competitor.

Professors VanDuzer and Paquet clearly recognize the many problems with the current predatory pricing provision:

> Predatory pricing ... is really by far the most difficult kind of anticompetitive behaviour for which to work out appropriate rules. The basic provision in the Act currently is a criminal offence, and ... I think the main problem with that provision is that it's very vague. It's not at all clear what unreasonably low pricing means. We've had very few cases that have interpreted the provision to provide us with any guidance as to exactly what the provision means. The consequence is it's very difficult to use this provision as a reliable guide to distinguish aggressive competition that results in the reduction of prices from predatory pricing. [Anthony VanDuzer, 14:15:40]

Consequently, its application and effectiveness is suspect:

> One of the problems is that they set a very high standard. In order to have prices that are unreasonably low under the guidelines, you have to be able to establish that the party who is the alleged predator, who's conducting this low-pricing campaign, has enough market power that, after they finish their low-pricing campaign and either put somebody out of business or discipline them or deter them from entering into the market, they will be able to raise prices unilaterally to a level above the level that would apply if it were a competitive marketplace, and recoup all the losses they incurred during the predatory low-pricing campaign, as well as, obviously, some

> additional profit. The difficulty with that sort of standard is in most circumstances it means you have to make a prediction about how the market's going to work. And as we all know, ... it's extremely difficult to prove beyond a reasonable doubt — this is a criminal standard — that this test is going to be met. [Anthony VanDuzer, 14:15:40]

The bulk of the testimony provided to the Committee was that the current predatory pricing provision is out-of-date. A typical comment was:

> The point is that the law, the way it's drafted today, was drafted in 1935. It essentially was designed to deal with supermarkets and corner stores, to be honest about it, and it was to deal with goods. Well, we're in a world now where most of the sales and production is in services and some of those services have the characteristics I mention in which case this law is absolutely useless. We need a new predatory pricing law. [William Stanbury, 47:16:05]

Moreover, it is counterproductive:

> With respect to our law, what I've said is that certain provisions of it are emasculating the better provisions ... Sections 79 and 78 relating to abusive dominance works well, but the old pricing provisions back in 50 and 51, which have never been enforced, make people think those are the law in that area rather than 79 and 78. Thus the focus ... gets back to these old prolix, unenforceable things that I would like to see off the books because then I think people would concentrate on using them in 78 and 79. [Warren Grover, Blake, Cassels & Graydon, 46:10:50]

Finally, as it is currently worded, the predatory pricing provision offends the overriding spirit of the *Competition Act*, which is to preserve the process of competition and not competitors specifically:

> I have a final point on predatory pricing. If I can have one impact before the Committee, I hope that this is it. We should eliminate four words from this section. These four words are: "or eliminating a competitor." Competition policy is about protecting competition, not about protecting firms against competition. ... No firm should face the obligation to price high enough to protect its rivals. It's enough that we have a substantial lessening of competition condition ... The protection of rivals should not be a criterion. Effectively, that is what the phrase — these four words "or eliminating a competitor" implies.
>
> A reading of this section of the Act leads firms who have been unable to survive market competition into believing that they have a valid predatory pricing claim. It leads to cases which are frivolous from an economics point of view and which will ultimately be decided in favour of the defendant because courts have well-developed predatory pricing cases, at least from U.S. law. The wording of the Act is very misleading, and I would suggest it has been very costly in encouraging predatory pricing claims. [Ralph Winter, 48:9:20]

A number of witnesses questioned the view that the problem lies with the legislation, suggesting rather that it rests with the Commissioner of Competition and his reluctance to pursue legitimate predatory cases:

> One point that I want to stress is that I believe that the lack of successful cases against predatory pricing in Canada is not a result of any weaknesses in legislation. I think either under the existing section 50(1)(*c*) or under section 79, many successful cases could have been brought over the last 20 or 25 years. The real reason for a lack of enforcement was because the majority of the economics profession, who had some influence on the Competition Bureau, didn't believe that predatory pricing was a significant problem. It was believed to be extremely rare, or rare to non-existent. If you look at any industrial organization textbook dating from ten years ago or so, you'll find that that's exactly what it will say. Now, there's been a bit of a change of view by the economics profession over the last ten years. Certainly a substantial number of economists now believe that predatory pricing is quite possible. As I said, it's a common, but not frequent part of the landscape. Enforcement has not caught up with this change in the economic analysis of this practice. [Roger Ware, 52:9:50]

Many experts appearing before the Committee advocate shifting predatory pricing infractions from the criminal to the civilly reviewable section of the Act. The following comment was typical:

> On the predatory pricing provisions, I like the idea of taking them out of the criminal law. They could either ... just leave it to [section] 79 as a case of abuse or you could create a new civil provision on predatory pricing. [Tom Ross, 46:9:20]

One witness noted that the Competition Tribunal has already confirmed this fact:

> My preference, in fact, would be to eliminate section 50(1)(*c*) altogether and to use section 79 of the Act, the abuse of dominance provision, to cover predatory pricing, because I generally feel that the civil provisions are better and a more efficient way of dealing with most any competitive practices and predatory pricing is covered by section 79 under abuse of dominance. In the NutraSweet case ... there was an allegation of predatory pricing against NutraSweet, although the Competition Tribunal rejected it, but they did in that rejection agree that predatory pricing cases could be brought under section 79 of the Act. [Roger Ware, 52:9:50]

However, the Commissioner of Competition, the Canadian Bar Association and some members of the Canadian Chamber of Commerce oppose this suggested change; they believe the criminal status best deters egregious anticompetitive conduct and favours more enforcement resources. They believe the double layer of protection (sections 50(1)(*c*) and 79) against predatory pricing is more appropriate at this time.

The Committee has reservations about this position, believing that it is very likely that "if you don't use it, you will lose it." There is simply insufficient case law to validate the deterrent effect of section 50(1)(*c*). Understandably, however, the Commissioner questions the logic of the claim that the low number of trials is an indication of the law's ineffectiveness:

> I would caution you against measuring the Bureau's effectiveness in terms of the number of cases it brings before the courts or the Competition Tribunal. Formal cases are only one element in a continuum of instruments used to encourage compliance and success is reflected in the level of competition in the economy, not

in the number of cases that are brought to the courts. [Konrad von Finckenstein, 9:9:20]

The Committee cannot, however, simply ignore the predatory pricing provision's inactive and ineffectual history, which includes only two contested cases and these are more than two decades old; nor can the Committee ignore the fact that "decriminalizing ... predatory pricing ... would make these provisions more enforceable as the Crown would no longer have to meet the criminal burden of proof, which is beyond a reasonable doubt" [Paul Crampton, 53:15:45]. The Committee finds the status quo disquieting.

In fact, the economic theory of predatory pricing is further fraught with complex and confusing factors that will prove problematic for all but the most seasoned competition law expert. As one witness said: "The difficulty of identifying true predatory pricing means that the judgment in predatory pricing cases should be rendered by a specialized tribunal and not by courts" [Ralph Winter, 48:9:20].

For all these reasons, the Committee believes substantial change to the legal treatment of predatory pricing may be required. The Committee does not favour any one proposal at this time, but believes that a two-track approach, whereby the Crown should pursue egregious predatory behaviour under the criminal provision of the Act and the Commissioner of Competition should pursue any other predatory behaviour under the civilly reviewable section of the Act, merits further study. The Committee, therefore, finds that:

6. **The Government of Canada, after consulting with stakeholders, should consider amending paragraphs 50(1)(*b*) and 50(1)(*c*) of the *Competition Act* by replacing the phrase "or designed to have that effect" with the phrase "and designed to have that effect." In this way, the criminal predatory pricing provisions would require evidence of both "pricing below cost" and the intent of "lessening competition or disciplining or eliminating a competitor."**

And

7. **The Government of Canada, after consulting with stakeholders, consider adding a new predatory pricing provision in the reviewable civil section of the *Competition Act*, possibly to be made applicable to the abuse of dominant position provision (section 79). The Government of Canada should also give consideration to ensuring that both the alleged predator has "market power" and the practice in question would "lessen competition substantially." Consideration should be given to introducing new enforcement guidelines for predatory pricing under the abuse of dominant position provision.**

And

8. **The Government of Canada should study the impact of amending section 78(i) to state: "selling products at a price lower than average variable cost for the purpose of disciplining or eliminating a competitor."**

CHAPTER 4:

PRICE MAINTENANCE, DELIVERED PRICING AND REFUSAL TO DEAL

> There's no reason for a practice like resale price maintenance to be per se illegal under the criminal section. [Ralph Winter, 48:9:10]
>
> *Regarding vertical price maintenance, there is no rational economic basis for distinguishing between vertical price maintenance and non-price vertical agreements, as exclusive dealing, exclusive territories, tied selling and market restriction all often have the effect of increasing prices, albeit in a way which may in fact increase competition and efficiency. Accordingly, eliminating the artificial distinction in the Act between price and non-price vertical restraints makes good sense. [Paul Crampton, 53:15:45]*
>
> *On price maintenance, ... I ... support it being removed from the criminal side of the law and changed from a per se offence to one that's consequences are judged according to the effect on competition. [Tim Kennish, 44:9:30]*

Price Maintenance

Price maintenance is the practice whereby a firm tries to set the minimum price at which another firm further down the manufacturer-wholesaler-retailer distribution chain can sell its product. Resale price maintenance is one of the most pervasive restraints in the marketplace. It may take place either vertically, for example between a wholesale supplier and a retailer that resells the supplier's products, or horizontally, for example between competitors who agree to impose resale price maintenance on those who resell their products.

The Committee recognizes that the economic rationale for prohibiting horizontal price maintenance is more easily convincing. Where suppliers agree among themselves to set the resale price of their products, price competition among downstream competitors is precluded. Where the resale price is the more visible of the two, the maintenance of that price may facilitate collusion amongst suppliers. Subtracting the retailer and wholesaler profit margins from the minimum fixed retail price, manufacturers in effect fix their own prices of the product. The Committee was also made aware that resale price maintenance could facilitate the work of a retailer cartel: "Historically, for example, traditional drug stores pressured manufacturers of the products that they carried to impose resale price maintenance. That blocked or delayed the entry of discount drug stores. The same thing happened with the grocery sector in Europe" [Ralph Winter, 48:9:15].

Since 1951, following the recommendations of the MacQuarrie Commission, price maintenance has been a criminal offence under section 61 of the Act. Thus, it is illegal for

any person engaged in a business to try to "influence upward or discourage the reduction" of the price at which someone else engaged in a business sells the product by "any agreement, threat, promise or like means." On the other hand, requests, discussions, moral suasion, or suggestions to this end are considered to be much the same as setting a suggested list price and are permissible.

Vertical price maintenance is the less obviously anticompetitive act. Professors VanDuzer and Paquet suggest procompetitive motivations for this type of price maintenance:

> The classical example that is given is where a supplier requires someone to whom it sells — a retailer — to maintain prices at a particular level as a way of encouraging that retailer to engage in competition on something other than price, usually to encourage the retailer to engage in providing a high level of service to clients or to ensure that the brand image associated with the product is maintained. So to the extent that there are efficiency justifications for price maintenance, the per se criminal prohibition we have in the Act is probably over-inclusive. [Anthony VanDuzer, 14:15:45]

Professor Winter explains the manufacturer's rationale in more detail:

> Resale price maintenance is most often an instrument for encouraging services of all types at the retail level. These services are things like providing advice to customers, keeping enough staff so that cashier lines are short, keeping inventory organized, even being enthusiastic, anything that a retailer does apart from setting the price.
>
> How does resale price maintenance encourage those services? Resale price maintenance protects the retail margin, the difference between the retail price and the wholesale price at which retailers purchase the product. It protects that margin against being competed down in the retail markets and that encourages the provision of service because it increases the profit per unit that retailers get by attracting customers. Under resale price maintenance, retailers cannot compete in prices so they compete in services. [Ralph Winter, 48:9:15]

This stream of logic, of course, only leads the Committee to ask why the manufacturer feels he has to intervene in the pricing decision of his distributors. The answer given was that "under quite typical conditions in retail markets, retailers can be biased towards too much price competition and too little service competition from the point of view of the manufacturer. Resale price maintenance is an attempt to correct this ... From the consumer's perspective, resale price maintenance thus results in more services, which is good, but higher prices, which are bad" [Ralph Winter, 48:9:15]. However, this answer only prompts the question of whose will should prevail when there is a disagreement over the appropriate retail price: that of the manufacturer or that of the retailer? Professor Winter and other competition law experts side with the manufacturer:

> On balance I would suggest that the decision of how to market a product, how to design a distribution system should be left up to the manufacturer. Prohibiting resale price maintenance under per se rule is effectively regulating the manufacturer's

> decisions on how best to maximize the sale of their products. We don't prohibit high levels of advertising even when the advertising raises prices nor should we prohibit under a per se rule resale price maintenance. [Ralph Winter, 48:9:15]

Professors VanDuzer and Paquet agree: "The only concern we have is that at least in some circumstances it's a bit broad, in the sense that the economic evidence is that [in some cases] ... price maintenance will have an efficiency justification" [Anthony VanDuzer, 14:15:45].

The Committee got the impression from Professors VanDuzer and Paquet that the Competition Bureau showed it was sensitive to these efficiency-enhancing situations by being less prosecutorial than in the past:

> Price maintenance is a criminal offence under the Act. ... There have been a large number of prosecutions in the past, although relatively few during the period we looked at, the five-year period ending March 31, 1999. The explanation for the reduction in the number of prosecutions is that the Bureau has ... treated these cases through some kind of alternative case resolution process ... which is in general a much more cost-effective way of securing compliance with the Act than going through contested criminal litigation. So it's been a very successful provision. [Anthony VanDuzer, 14:15:45]

Or could it be that the increased workload of the Bureau is forcing more cost-effective bureaucratic responses? In any event, the Commissioner of Competition did not look favourably on their recommendation to distinguish between the two types of price maintenance and to recognize different legal treatment:

> Starting with the pricing provisions, Mr. VanDuzer believes the civil review process would be better than the current criminal process for all pricing provisions, apart from horizontal price maintenance. There is no doubt that some of these provisions do work better in a civil context, and it's a position we endorse for price discrimination. Generally, however, we do not favour shifting completely away from criminal law. We believe a proper mix of criminal and civil provisions is required for the anticompetitive pricing provisions, for a number of reasons. [Konrad von Finckenstein, 9:9:15]

In addition to being less costly to administer, apparently the status quo provides a very effective means to achieve compliance:

> Criminal law is really appropriate for the most egregious offences. ... Professor VanDuzer ... makes a distinction between horizontal and vertical price maintenance. If somebody deliberately wants to drive somebody else out of business and engages in a practice to that effect, I think criminal law is the proper way to deal with these offences. Second, while criminal provisions may be harder to prove, they act as a powerful deterrent. They result in fines and imprisonment, while civil provisions only result in injunctive relief. Third, section 36 provides for a private action based on criminal conduct. If there were only civil provisions regarding pricing, there would be no access for private parties to go to court on the basis of anticompetitive pricing. For those three reasons, we think one should retain criminal provisions. [Konrad von Finckenstein, 9:9:15]

The Committee finds it difficult to understand how vertical price maintenance can be said to constitute egregious anticompetitive behaviour in all circumstances and why enforcement officials could not easily distinguish between pro and anticompetitive vertical price maintenance. Some of the experts appearing before the Committee — some of whom have even been retained by the Bureau to do specialized work and, therefore, know only too well the pros and cons of this issue from the enforcement agency's perspective — thought that making this distinction would be rather simple in the overall scheme of things that the Bureau and Tribunal are asked to do. As one witness said, in view of the fact that other vertical restraint policies are reviewable civil matters:

> On resale price maintenance, it's sort of an anomaly. Given that we recognize the possible efficiency benefits of things like exclusive dealing and tied selling. We don't make them criminal and we don't make them per se illegal. ... There are lots of good reasons to use resale price maintenance that have nothing to do with hurting competition. ... I would move it to the civil side, a reviewable practice, and put in an efficiencies defence there, or at least a competitive effects test. [Tom Ross, 46:9:20]

Another witness appearing before the Committee suggested that, as a result of the knowledge-based economy, which appears to rely increasingly on strategic alliances between network operators (airlines, trucking, railways, fixed and mobile telephones, cable and satellite television, television programmers, Internet service providers, etc.) and between parts and systems manufacturers and assemblers, will likely probably mean price maintenance will become a more pervasive business practice, particularly in the economically benign form of price maintenance.

> The real problem I find with the price maintenance section is the strategic alliances that people are getting into now where one party comes forward with one component of the product the other party comes forward with the other component of the product, and they're going to go out and market it jointly. One of them buys it from the other and sells the whole package. Both parties in that kind of case have a real and legitimate interest in what price the thing is going to the market at, and yet because of the wording in the price maintenance section, there are serious difficulties with that. You can work with them, but it's hard and largely inefficient ... [James Musgrove, Lang Michener, 46:10:45]

A solution was proposed:

> Horizontal price maintenance ... should be dealt with under section 45 of the Act. Among other things, this would help to address the types of serious issues that have arisen in the context of planning strategic alliances and joint ventures that become difficult to implement if the parties cannot agree on the price to be charged for the products which are the subject of the alliance or the joint venture. [Paul Crampton, 53:15:45]

Thus, the criminal status may be an effective means of achieving compliance, but it is not necessarily an efficient means when one considers its chilling effect on instances of vertical price maintenance that are procompetitive.

The Committee found the arguments made by those who were in favour of decriminalizing this practice to be well thought out and very persuasive. Given recent organizational and strategic developments in the business sector, economic benefits accruing from innovative pricing policies will likely more than outweigh the added enforcement costs involved in distinguishing between pro and anticompetitive price maintenance practices. The Committee, therefore, finds that:

9. **The Government of Canada, after consulting with stakeholders, should consider amending the *Competition Act* with respect to price maintenance (section 61) to distinguish between those that are anticompetitive and those that are efficiency-enhancing. Price maintenance practices among competitors, whether manufacturers or distributors, should remain in the criminal section of the *Competition Act*, possibly to be shifted to the conspiracy provision (section 45). Price maintenance agreements between a manufacturer and its distributors might best be moved to the reviewable civil section, possibly to be made applicable to abuse of dominant position provision (section 79). This provision should also ensure that both the person in question has "market power" and the practice in question would "lessen competition substantially."**

Following these amendments, the Committee finds that:

10. **Should the Government of Canada act on the Committee's previous finding, the Competition Bureau introduce new enforcement guidelines with respect to abuse of dominant position (section 79) in relation to price maintenance agreements between a manufacturer and its distributors, including the analytical framework for the assessment of market power and competitive effects. Consideration should be given to introducing enforcement guidelines for conspiracies (section 45) that relate to price maintenance agreements between manufacturers or distributors under section 61.**

Delivered Pricing

Delivered pricing is defined in section 80 of the *Competition Act* as the practice of refusing delivery of a product to a customer (or person seeking to be a customer), on the same trade terms, at any place where the supplier ordinarily makes deliveries. Section 81 makes this practice a prohibitive offence subject to a rule of reason.

The Committee understands that some delivered pricing schemes, by facilitating price collusion and/or coordination, are anticompetitive; however, in most cases they are not. We were repeatedly reminded by all experts in the field that in the spirit of promoting and encouraging the competitive process, rather than individuals or classes of competitors, a competitive effects test should accompany such reviewable civil matters

such as delivered pricing. For example: "On delivered pricing, once again there is no competitive effects test in there and I think ... you shouldn't take an action on deliver pricing unless you think the practice is hurting competition" [Tom Ross, 46:9:20]. This advice is particularly relevant in an environment that permits private rights of action and access to the Competition Tribunal.

The Committee would like the government to correct this anomaly and, therefore, finds that:

11. Should private individuals be permitted to make application to the Competition Tribunal for relief in matters involving civil review, the Government of Canada should consider amending the delivered pricing provision (section 81) of the *Competition Act* to ensure that the practice in question would "lessen competition substantially."

Refusal to Deal

The Committee agrees with the description by Professors VanDuzer and Paquet of "refusal to deal" as the ultimate discriminatory practice. Since section 61(6) incorporates this act as a method of achieving or enforcing price maintenance, and because the Committee recommends that vertical price maintenance cases should be adjudicated as a civil matter, we address this practice here.

The refusal to deal provision, the Committee was told, could be used to undermine the competitive process:

> Competition law can be misused. It can be used as a tool for competitive harassment. It can be used to discourage aggressive price, quality or service competition which makes other competitors uncomfortable and which they are all too ready to label as predatory. It can be used as a bargaining lever in what are essentially contractual disputes. For example, a distributor whose dealership is terminated may claim or threaten to claim that this is a refusal to supply under section 61(6) or section 75. It is essential to understand that the grievances of individual market participants matter or should matter only to the extent that they imply a threat to the integrity of the competitive process itself. [Donald McFetridge, 44:9:05]

Some witnesses thought the refusal to deal provision in the Act was a somewhat over-zealous for the following reasons and with the following recommendation:

> What I particularly don't like about refusal to deal is that there's no competitive effects test. In almost all of the *Competition Act*, in order to get into trouble, you have to lessen competition somehow. But not so with refusal to deal. There's just someone whose business is hurt because he can't get supply from you. The Tribunal has been willing to define markets around brand names, so if you're the Chrysler parts dealer and he can't get Chrysler parts, that's good enough for the Tribunal, with the result that what should sort of be private contract disputes get brought up as competition matters.

> So my preference would actually be just to scrap the "refusal to deal" provisions, knowing that if it's done by a dominant firm, you can always catch it under abuse of dominance where there is a "lessening of competition" test. Failing that, I would add some sort of competitive effects test, something that says competition must be lessened ... then allow the private parties to take these actions on their own if the Commissioner doesn't see a public interest in taking them. [Tom Ross, 46:9:15]

This advice is particularly relevant when granting private rights of action, as noted by the following witness:

> In my view, section 75, for example, which covers refusals to deal is not a well-written section of the Act to begin with and in particular it is essentially a per se ... prohibition. It says that if a firm can establish that a manufacturer or supplier has refused to supply, then that violates the Act. It doesn't say that we have to establish that that action lessens competition. There's no substantial lessening of competition or what is usually called a competitive effects requirement in section 75. Now of course the way that's been interpreted up until now is that the Commissioner, acting as a gatekeeper, has prevented frivolous prosecutions under section 75 but once we allow private access that's not likely to happen so we would undoubtedly get private prosecutions, in cases where the refusal to deal was probably, or could have been, procompetitive. [Roger Ware, 52:9:40-9:45]

In the spirit of preserving the process of competition and refraining from intervening in what may amount to a private contractual dispute, the Committee finds that:

12. Should private individuals be permitted to make application to the Competition Tribunal for relief in matters involving civil review, the Government of Canada should consider amending the refusal to deal provision (section 75) of the *Competition Act* to ensure that the practice in question would "lessen competition substantially."

CHAPTER 5:

PRICE DISCRIMINATION

Decriminalization of these matters would reduce the substantial compliance costs imposed on businesses ... as well as the chilling effect that these provisions currently have on a broad range of procompetitive conduct. [Paul Crampton, 53:15:45]

Currently the law is very much out of sync with the enforcement practice. If you look at the price discrimination enforcement guidelines, I think it's a real stretch to match up the enforcement attitudes expressed there with the law ... [Tim Kennish, 44:9:30]

I think a case could be made for repealing price discrimination, but I think there are also significant political considerations in ... decriminalizing ... and assessing price discrimination in the context of its impact on competition ... [Tim Kennish, 44:9:30]

Economics of Price Discrimination

Price discrimination is a marketing practice whereby a supplier of goods or services charges different prices to different customers (whether other businesses or final consumers) and these price differentials do not accurately reflect differences in costs of serving the different customers. Three conditions are necessary for a firm to be found to discriminate on the basis of price: (1) the firm must have market power to set prices (otherwise consumers can choose to purchase from a competing supplier); (2) the firm must be able to identify classes of consumers with different price sensitivities; and (3) there is limited opportunity for consumers to resell to each other (otherwise consumers would arbitrate these prices to the lower price offered).

Though price discrimination by definition means treating individuals or groups of consumers differently and may create an unlevel playing field when the product is an input into another product, it is not an inherently anticompetitive practice. It is often procompetitive to charge different prices to different consumers when there are different costs attached to serving them (in the same way as volume and quantity discounts imply different costs and are not anticompetitive in and of themselves). Price discrimination may also result in additional sales, for example, to children and seniors who would not otherwise purchase the product. To the extent that the consumption of the good or service increases as a result, economic efficiency and "the most good going to most people" equity considerations are thought to be promoted.

Professors VanDuzer and Paquet, supported by a number of examples, noted that price discrimination is commonplace. For instance, a bank that offers students no-fee banking services in order to gain their loyalty later on in their lives is practising price discrimination. Indeed, the Government of Canada's White Paper on the Financial

Services Sector, if implemented, will not only encourage but also make mandatory for banks to offer basic "no frills" bank accounts to the "poor."

Legal Treatment of Price Discrimination

Under section 50(1)(*a*) of the *Competition Act*, price discrimination is a criminal act that extends only to "articles" (thereby excluding services and leases) and to promotional allowances under section 51. These provisions were introduced in the 1930s in response to concerns of unfairness to small business, particularly in the grocery subsector, with the emergence of large retail discount and chain stores.

Professors VanDuzer and Paquet were critical of the price discrimination provision, describing it as rather blunt and ineffective:

> The bottom line is that we felt that because the section was not designed to be an accurate tool to get at anticompetitive price discrimination, it was likely to have an effect in the marketplace of discouraging people from engaging in innovative pricing and discounting practices and therefore was not an appropriate provision in the Act. If we look at the enforcement of that provision, we'll see that over the five-year period we looked at, there were very few complaints, which is rather odd, given how pervasive price discrimination is in the marketplace. There were on average only about twelve complaints a year ... [Anthony VanDuzer, 14:15:35]

The Commissioner of Competition appears to agree, but at the same time seems reluctant to advocate any change in the Act that is not supported by the small business sector.

> You will recall that when we discussed Bill C-20, we originally proposed repealing the price discrimination [provision] of the Act. However, we have encountered significant opposition from the small business community and we feel it should not be repealed unless small business is on side for such a repeal. [Konrad von Finckenstein, 9:9:15]

The Committee heard somewhat to the contrary from the Canadian Chamber of Commerce, a group that was not enthusiastic about the usefulness of Canada's price discrimination provision:

> The current price discrimination provision in paragraph 50(1)(*a*) of the Act does not in fact protect small and medium-sized businesses from discrimination and has served little useful purpose since it was enacted in 1935. [Paul Crampton, 53:15:45]

Given these critical comments, the Committee was not surprised to hear the following statements from some members of the legal community:

> I make a very nice living advising people how to avoid committing the offence of price discrimination. ... I've never come across a situation where I thought there was any economic harm except the fees that they were paying me. Any of these amendments will be a competition lawyer's employment bill. They're great for me,

> but I don't think that these provisions are good for the economy. Price discrimination, discriminatory allowances ... they do nothing beneficial for the economy except legal fees. [James Musgrove, 46:10:45]

This statement attests to Professor VanDuzer's claim that the Competition Bureau's *Price Discrimination Guidelines* are only partly successful at dispelling the chilling effect of the provision on the business community. Moreover, many witnesses appearing before the Committee went much further in their criticism of the current provision:

> If given my choice, I would delete the price discrimination provisions completely and just use abuse if someone is abusing a dominant position through price discrimination. ... The price discrimination law ... has not been terribly effective but that might be just as well. The Americans, in the Robinson-Patman Act, have been tied in knots sometimes by small buyers trying to get discounts to which they aren't even particularly entitled through the cost justification provisions. But I don't think we want to go down that road ... [Tom Ross, 46:9:20]

Professor VanDuzer's proposal, which was supported by many witnesses appearing before the Committee, is to shift price discrimination from the criminal to the civilly reviewable section of the Act, specifically as a type of abuse of dominance under section 79. This treatment would also be consistent with how other vertical behaviour is treated, notably refusal to deal (section 75) and tied selling (section 77).

The Committee concludes that the time is right for changes to the *Competition Act* and therefore finds that:

13. **The Government of Canada, after consulting with stakeholders, in particular with representatives of small businesses, should consider repealing the price discrimination provisions (sections 50(1)(*a*) and 51) of the *Competition Act* and include that prohibition under the reviewable civil section, possibly to be made applicable to the abuse of dominant position provision (section 79). The Government of Canada should also give consideration to ensuring that both the person in question has "market power" and the practice in question would "lessen competition substantially." Consideration should also be given to expanding the coverage of the provision to govern all products, including articles and services, and all transactions, not just sales. Consideration should be given to introducing enforcement guidelines for price discrimination under the abuse of dominant position provision.**

CHAPTER 6:

PRIVATE RIGHTS OF ACTION

> *Private rights of access to the Competition Tribunal in our view would work very well in conduct which is essentially a private matter between buyers and sellers and which therefore does not warrant public intervention. The provisions that come to mind are section 75, refusal to deal, and section 77, tied selling, market restrictions, and exclusive dealing. [Konrad von Finckenstein, 43:9:15]*
>
> *In previous discussions about the merits of private access ... stakeholders have expressed concerns about the needs for safeguards and against strategic litigation. Private access should be introduced with safeguards such as leave from the Tribunal to make sure for cost awards and certainly ... it should not provide for damages. [Konrad von Finckenstein, 43:9:15]*
>
> *My modest proposal would be to put a double damages provision in there and I'm quite sure that that would stimulate a variety of private actions ... [William Stanbury, 47:15:50]*

Under current Canadian law, the Commissioner of Competition is the only party with standing to make an application for civil review before the Competition Tribunal. The issue of whether to extend standing to private citizens in civilly reviewable matters has been the subject of considerable debate. Witnesses appearing before the Committee were generally supportive of amendments leading in this direction. The main argument against private access is the potential for abuse in the form of "strategic litigation" (i.e. legal action commenced not for the purpose of seeking a remedy to anticompetitive behaviour, but rather to gain an advantage over a competitor). Experience in the United States is cited where awards of treble damages may accrue to the successful plaintiff in certain circumstances. The prospect of damages far in excess of actual quantified losses, it is thought, could create significant incentive to litigate, particularly since the successful plaintiff is entitled to legal costs (the successful defendant, by contrast, is not so entitled, but rather is subject to the traditional American rule requiring the parties to bear their own costs).

Over the past 25 years, private actions have constituted in excess of 90% of all antitrust cases filed in the United States and outnumber public sector actions by a ratio of 9:1. While the odds of success do not favour plaintiffs — almost 90% of cases are either settled or dismissed before trial, and over 70% of litigated cases result in judgment for some or all of the defendants — there is nothing to suggest that the pace of litigation is slowing.[6] The American experience does not, however, appear to be reflected in other

---

[6] Roberts, J.R., *International Comparative Analysis of Private Rights of Access*: A Study commissioned by Industry Canada, Competition Bureau, April 2000.

jurisdictions where rights of private action have been extended. This is likely because no other jurisdiction has adopted the U.S. approach of treble damages and costs.

Private Claims for Damages Arising from Criminal Violations

A limited right of private action exists in respect of criminal matters but, for reasons set out below, such action has been rarely initiated. Under section 36 of the *Competition Act*, a person may bring an action for damages (and costs) if the person has suffered loss or damage as a result of either: (a) conduct contrary to Part VI ("Offences in Relation to Competition"); or (b) the failure of a person to comply with an order of the Tribunal or of another court under the Act. Accordingly, a right of private action for damages may arise in three circumstances: (1) the Department of Justice successfully prosecutes a violation of a criminal provision under Part VI (conspiracy, bid-rigging, price discrimination, price predation, false advertising, deceptive telemarketing, double-ticketing, pyramid-selling, or price maintenance); (2) after the Commissioner and a party have entered into a consent order and the order has been issued by a court, the party fails to comply with it; or (3) if an aggrieved party succeeds in a private prosecution.

Closer examination reveals that, in fact, there are significant obstacles to the recovery of damages by an aggrieved party. First, the Commissioner of Competition must decide whether or not to seek prosecution of the matter. The Commissioner is not required to commence an action; however, under section 21 if, in his or her opinion, the public interest so requires, the Commissioner *may* apply to the Attorney General of Canada to appoint and instruct counsel to assist in an inquiry under section 10. The Commissioner may also discontinue the inquiry at any time. Moreover, even where there is evidence of criminal activity, the Commissioner will not necessarily refer the matter for prosecution but may settle it through negotiation. The terms of such settlement are kept confidential and no consent order is usually sought from the court. In this case, even if a party does not comply with the terms of the settlement, the aggrieved plaintiff will be unable to recover damages, since this right requires that an order first be issued by the Tribunal or a court.

The Attorney General, upon receiving an application from the Commissioner, may also appoint and instruct counsel to cause an inquiry as the Commissioner considers necessary to determine the facts. Under section 23(2), the Attorney General has the discretion to institute and conduct any prosecution or other criminal proceedings under the Act. Again, the Attorney General is not required to do so. Finally, the Attorney General has the discretion to not proceed with charges, to stay the proceeding or drop the charges altogether.

Accordingly, a person's ability to recover damages depends in large measure on whether the Commissioner attempts to secure a conviction through referring the matter to the Attorney General. If the Commissioner decides not to do so — or if the Attorney

General decides not to proceed with the charge — the only option remaining to an aggrieved person is private prosecution.

Private prosecutions are relatively rare in Canada today. In order to secure a conviction on an indictable offence (the more serious offences under the Act), the private informant[7] must, as a first step, get the written consent of the judge. This is no mere formality; the judge, in exercising his or her discretion, is required to consider the nature of the offence, whether it is of a "public" or "private" nature, whether a preliminary inquiry has been held, and also the position of the Crown in the matter. In the only reported case of a private prosecution under the *Competition Act*, *Lynk* v. *Ratchford* [1995] N.S.J. No. 238, the Nova Scotia Court of Appeal confirmed that a right of private prosecution does exist under the Act. The Attorney General may take over a private prosecution in order to continue the prosecution, stay the proceeding or drop the charges.

Public Enforcement of the *Competition Act*

Witnesses appearing before the Committee were unanimous in agreeing that the Act is currently under-enforced by the Commissioner of Competition and that the Canadian competitive environment would benefit from having more cases brought to the Competition Tribunal. As Professor Trebilcock noted:

> From 1976 to 1986, a decade, there were only two cases brought before the predecessor to the Competition Tribunal ... two cases in ten years. From 1986 to 2000...there have been nine contested cases brought by the Bureau before the Tribunal, nine cases in 15 years. This is not a record of extensive public enforcement. [Michael Trebilcock, University of Toronto, 48:9:45]

The Commissioner of Competition agrees on the advantages of private action:

> In our view, private action would be a good complement to public enforcement. It would increase the deterrent effect of the law, and it would help build up a much-needed body of jurisprudence. Private rights of access to the Competition Tribunal in our view would work very well in conduct which is essentially a private matter between buyers and sellers and which therefore does not warrant public intervention. [Konrad von Finckenstein, 43:9:10]

The main reason for the lack of prosecution appears to be lack of resources. An average application to the Tribunal costs the Government of Canada about $1 million. Both the Commissioner and witnesses agreed that the Bureau's current budget does not permit optimal enforcement of the Act. In the absence of this, there is real concern that the Bureau will come to be perceived as a "toothless tiger." This does not imply that the Bureau is inactive. The lack of cases referred to the Tribunal does not reflect the many

---

7 The term "informant" is used, rather than "prosecutor" for the reason that the aggrieved person commences the prosecution by swearing an "information" before a judge.

cases that are settled through private negotiations between the Commissioner and the parties. Indeed, there is every indication that the Bureau is more active than it has ever been. This is attributable to a number of factors, including increased merger activity:

> The people who do the same functions in the United States are equally being overwhelmed with work. It's taking place in Europe. It seems to be a worldwide phenomenon, and to give you a sense of the scale in terms of notifiable transactions, we have in the fiscal year that just ended, broadly speaking, twice as many as there were about five years ago, so it's a very major wave that's taking place. [Gaston Jorré, Competition Bureau, 43:10:05]

This may in part be attributable to the fact that the monetary thresholds for notifiable transactions have not been adjusted to inflation.

> I think undoubtedly one of the reasons why the Bureau's resources are stretched is that they spend a lot of time reviewing mergers. The merger activity of the Bureau is a reflection of the high level of activity in the business and the fact that since 1988, when the merger pre-notification rules mandating the review of certain size mergers came in, there has been no adjustment in the thresholds which determine which cases have to be reviewed. In that intervening time, the Canadian dollar has diminished by approximately a third, which means there has been a substantially increased number of cases which are now culled into the process. That would not have been the case in 1988 in real dollar terms. [Tim Kennish, 44:9:20]

Furthermore, as a result of NAFTA, much bigger players are emerging, presenting increasingly complex mergers involving several jurisdictions. As a result, the Bureau is allocating an increasing portion of its resources towards merger review and consequently away from other areas of enforcement.

Another factor affecting resource allocation is the move towards deregulation and liberalization:

> As part of the deregulation and liberalization of part of our economy such as transport, such as telecom and now energy, etc., the responsibility of the Bureau has actually increased. Because to the extent that in areas deregulated and not subject to a specific regulator anymore, then it becomes our responsibility and we look at it. [Konrad von Finckenstein, 43:9:35]

The high costs to the government of bringing an application to the Tribunal are even higher for the private sector.

> The average of their cases — there haven't been that many — has been over $1 million to go to the Tribunal ... But I'm sure that on the defendant's side, the costs are even higher. So going to this Tribunal is not a cheap proposal ... It's not going to be the little fellow that's going there, it's going to be big fellows. But the real question is when you go to the Bureau with a complaint that has a really public interest to it, are the Bureau not going to tell you to go and fight it that they won't

> bother, and you have access. Yes, I have access, just like I have access to swim over Niagara Falls. But there is a certain outside risk. [Warren Grover, 46:11:05]

Matters before the Tribunal take an average of 20 months to be resolved, and in that time, the fees of lawyers and expert witnesses may become prohibitive. The mere cost of bringing a case to the Tribunal would likely prove an additional disincentive to spurious litigation.

As a final comment on the issue of resources, it is worth noting that, with 1999 operating budget of $25.3 million:

> The Competition Bureau is now a profit centre and they brought in $100 million in fines in the last twelve months; that's pretty good. They weren't contested cases but somebody thought that they could win a case enough to pony up $100 million to settle the case. There's money there, it's making money. [James Musgrove, 46:10:45]

At the same time, the Commissioner underscores the need for increased enforcement budgets:

> Are we straining? Yes. Could we use more resources? Absolutely. ... All my colleagues in other anti-trust agencies have the same problem. Nobody's ever seen quite the merger wave that we have, the number of cases and the complexity of the cases. [Konrad von Finckenstein, 43:9:20]

With such an enviable record of cost recovery, it is reasonable to suggest that to increase the Bureau's budget would be sound fiscal planning. This is not to suggest that cases should be pursued as a revenue-generating exercise; rather, an increase in funding would permit the Bureau to enforce the Act vigorously with a view to ensuring that industry and consumers would continue to reap the benefits of healthy competition.

Competition Tribunal Processes

The current Tribunal review process is perceived as slow to respond and overly procedural: "we need some power to move quickly in predatory pricing cases so that you can preserve competition before the victim's dead" [Tom Ross, 46:9:40].

In today's innovative economy, speed counts and anticompetitive conduct may drive a complainant from the market before a case can be heard and a remedy ordered. Several procedural changes were suggested that would improve the dispute resolution system. A system whereby references could be made to allow early resolution of key issues on which a case hinged; the discretion to award costs would give the Competition Tribunal a lever to discipline delay tactics and strategic litigation; summary dispositions would allow the Tribunal to bring a case to a quick close if the evidence on either side appeared to have no merit. On this subject, the Committee is aware that in February 1999

the Tribunal invited public discussion on its "Proposals for Revised Procedures before the Competition Tribunal." Among other things, the proposed changes aim at "streamlining the proceedings of the Tribunal" and accommodating "comments and suggestions made in the past by competition law practitioners and the Commissioner of Competition in the objective to make the Tribunal a more flexible and efficient forum of adjudication." The proposals aim at active case management, alternative methods for witnesses and experts to present evidence, and eliminating unnecessary steps in the process, such as oral and documentary discovery.[8]

In addition, the Commissioner has argued in favour of amendments to the law granting the Commissioner new powers to issue cease and desist orders of his (or her) own right in instances of suspected price predation.[9] This proposal met with considerable resistance from lawyers and economists appearing before the Committee. The issue is explored in greater detail in Chapter 7.

Private Access, Protecting Against Abuse and Remedies

With some exceptions, witnesses appearing before the Committee expressed support for a right of private access to the Tribunal, particularly on the following grounds:

> The very purpose of competition law in the *Competition Act* is of course to redress the evils of private monopoly. It strikes me as totally incongruous in that context to assign a public monopoly to a government agency in performing this function. [Michael Trebilcock, 48:9:45]

And

> Giving private parties the right of direct access and direct initiation of proceedings before the Competition Tribunal is a way of holding public agencies, in this case the Bureau, accountable for the exercise of its enforcement discretion. [Michael Trebilcock, 48:9:45]

However, there are more reasons to favour private access to the Tribunal; these are summarized in Exhibit 6.1.

---

8 From *The Competition Tribunal: What Is Its New Role?*, notes for an address by the Honourable Mr. Justice William P. McKeown, presented at the conference entitled "Meet the Competition Bureau" sponsored by *I*nsight conferences, in Toronto on May 3, 1999.

9 Clause 104.1 of Bill C-472 proposes amendments to the *Competition Act* to this effect.

Exhibit 6.1
Reasons for a Right of Private Access to the Competition Tribunal

Studies suggest that the private sector is more able than the government in detecting anticompetitive conduct that has an immediate impact on participants in a specific market.

Private actions would free up Bureau resources, and allow it to focus upon higher-level anticompetitive conduct that is not readily detectable, owing to its covert nature.

The Competition Tribunal is currently underutilized.

The possibility of private action might deter firms from undertaking anticompetitive activity.

The private sector could be an effective partner in achieving compliance with competition law if interim injunctive relief or cease and desist orders were made available to it on a relatively inexpensive, expedited basis.

Private actions would result in judicial decisions providing guidance to the business community on its responsibilities under competition law.

An increase in cases would provide new opportunities for more lawyers to specialize in competition law practice, contributing to the development of a more diverse bar reflecting broader socio-economic interests.

Similarly, increased opportunities for economists and other experts to provide evidence in proceedings would promote the development of theoretical constructs unique to the Canadian experience, and reduce the degree of reliance on the experience of foreign jurisdictions.

While most witnesses were of the view that creating a private right of action would not lead to a flood of new cases, several means were suggested to discourage strategic litigation. They are documented in Exhibit 6.2.

Exhibit 6.2
Rules to Discourage Strategic Litigation

Carefully prescribing rules of standing to limit the right of action to parties that had been directly aggrieved by alleged anticompetitive behaviour.

Assigning the Tribunal a "gatekeeper" role, with the right to determine issues of standing.

Prescribing a summary judgment procedure that would require the adjudicator take a "hard look" at the merits of the case in the early stages with a view to determining if the matter aimed at bona fide anticompetitive conduct. Clearly frivolous or vexatious cases could be struck out at an early stage.

Prescribing significant costs sanctions against unsuccessful plaintiffs.

Granting the Commissioner a right to intervene and present views on the merits of the case to the Tribunal as an amicus curiae.

There should be appropriate cost rules so that unmeritorious cases that failed would entail some costs to plaintiffs.

While there was broad agreement on the principle of granting private access, there was less consensus on the relief that should be available. Many witnesses did not support a right to claim for damages, but rather proposed to limit the plaintiff to injunctive relief. Injunctive relief would have the effect of enjoining the anticompetitive activity in the future. The primary reason for denying claims for damages would be to discourage strategic litigation.

> In previous discussions about the merits of private access — and we've had many — stakeholders have expressed concerns about the need for safeguards and against strategic litigation. Private access should be introduced with safeguards such as leave from the Tribunal to bring an action and cost awards. Certainly, it should not provide for damages. [Konrad von Finckenstein, 43:9:15]

However, a contrary view would allow the injured plaintiff to sue for damages:

> I know there is resistance in the business and some elements of the legal community to this proposal, but I for the life of me don't understand why the plaintiffs whose complaints have been found meritorious by the Tribunal and who have suffered losses should have to bear those past losses and settle only for future relief. It's better to say there's a loss there, somebody has to bear it, either the defendant or the plaintiff. Why should the plaintiff, in cases where his or her complaint has been vindicated, have to bear those losses ... [Michael Trebilcock, 48:9:50]

Proponents of this view express the opinion that it is the U.S. rules on treble damages and costs which, taken together, have promoted the extensive litigation witnessed in that country. Limiting recovery to those damages that the plaintiff could quantify, and following the general Canadian cost rule of costs following substantial success in the cause would, it is suggested, provide adequate disincentive to excessive litigation.

> There have been very few such cases for very good reasons. First, you can only get single damages. In the United States you can get treble. Second, we have the anglo-Canadian cost rules as opposed to the American style cost rules which means that if you lose, you have to pay the other side's costs. Third, in general we're more restrictive in creating class actions. [William Stanbury, 47:15:50]

Even where relief is limited to injunctive measures, there remains the question of to whom the relief is available and in respect to what matters. On this issue there was no firm consensus. For the most part, witnesses suggested a rather narrow definition that would allow only persons directly harmed by anticompetitive activity to apply. However, the Committee is aware that this is not the only approach available; other jurisdictions formulate rules of standing more broadly, even to the extent, for example, of allowing members of the general public to challenge activities such as mergers that could have broader consequences to the public.

The possibility of allowing class action was also canvassed. In 1999 two class actions were certified by Ontario courts under the criminal provisions of the Act.[10] Providing for certification of civilly reviewable actions would not appear to require significant amendments to existing rules.

Based on the evidence heard to date, the Committee finds that amendments to the *Competition Act* may be advisable in order to create rights of private action before the Competition Tribunal and therefore finds that:

14. The Government of Canada give further consideration, in consultation with stakeholders, to enacting legislative changes necessary to permit private individuals who have been prejudiced in the conduct of their business by anticompetitive conduct to make application to the Competition Tribunal for relief in matters involving civil review. The issue of the relief available to private litigants, whether in the form of injunctive relief or damages, or both, may also be the subject of further consultation.

---

10 *Chadha et al.* v. *Bayer Inc. et al* 45 O.R. (3d) 478 (1999) and *Carom* v. *Bre-X Minerals*, [1999] O.J. No. 1662 (Q.L.).

CHAPTER 7:

INTERIM CEASE AND DESIST POWERS

I would think that you'd want the Commissioner to have to convince somebody other than himself that there was irrevocable damage going to be done. [Donald McFetridge, 46:9:50]

On interim orders, I am very concerned that this is a major institutional change to give the Commissioner decision-making power on his own of a legally-binding nature. If you're going to do it you want to be very careful about the due process side of it. [Lawson Hunter, 46:9:35]

These cease and desist powers ... really turn competition policy on its head. We've had a judicial process ever since the beginning of competition law, and so have all the other major jurisdictions. I think it's worked well and served Canadians well ... [Roger Ware, 52:9:50]

In recent appearances before House of Commons committees, including the Industry Committee, the Commissioner of Competition has argued for amendments to the law granting the Commissioner new powers to issue cease and desist orders of his (or her) own right, without allowing the affected party a right to be heard prior to the making of the order, and without any authorization from the Competition Tribunal. The Commissioner believes that these extraordinary powers are necessary owing to the inadequacy of the procedures and/or the remedies currently available to the Bureau to use against the threat of price predation.

> We have asked for [cease and desist powers] in the [case of] airlines. It is in [Bill C-472] ... It's something I think that should be explored. The problem with the abuse of dominance is the process takes a long time. Very often by the time we finished our investigation and we take court action, the company that is suffering from the abuse of dominance may be out of the market or may be sufficiently disciplined or chastised ... This isn't worth it. [They] don't want to buy a two-year lawsuit and so they abide by the rules that the dominant player is trying to impose. [Konrad von Finckenstein, 43:9:25]

Role of the Tribunal

The Competition Tribunal was created in 1986 when Parliament enacted major reforms of Canada's competition law and replaced the *Combines Investigation Act* with the *Competition Act*. The Tribunal is a specialized court that combines expertise in economics and business with legal expertise and hears and decides all applications made under Parts VII.1 and VIII of the *Competition Act* as informally and as quickly as allowed by the circumstances and considerations of fairness. The Tribunal is strictly an adjudicative body that operates independently of any government department. It does not have investigative powers nor does it provide advice to government. It has no function other than that associated with the hearing of applications and issuance of orders.

The Tribunal is composed of not more than four judicial members, who are appointed from among the judges of the Federal Court, Trial Division, and not more than eight lay members. Lay members are appointed by the Governor in Council on the recommendation of the Minister of Industry.

In the context of competition, and more particularly in civilly reviewable actions under Part VIII, executive authority is exercised by the Commissioner in the role of investigator and prosecutor. The Tribunal, exercising judicial power, serves as a check upon the unconstrained exercise of executive authority, with a view to preventing that power from being misused, either consciously or inadvertently. Accordingly, the Commissioner may be seen as the investigator/prosecutor, and the Tribunal as the judge. In seeking the cessation of a particular behaviour, the Commissioner makes an application to the Tribunal for relief, setting out the case, on a balance of probabilities, that the circumstances warrant such relief.

Among the many forms of relief available, the permanent or interim injunction (also known as a "cease and desist order") is common. Interim orders may issue in three instances:

1. Under section 33, the Attorney General may apply to a court for an order pending the commencement or completion of proceedings under Part VI (Offences in relation to Competition), or proceedings relating to the violation of an order made under Part VII.1 (Deceptive Marketing) or Part VIII (Matters Reviewable by the Tribunal). In this case, the Commissioner must convince the Tribunal, on a balance of probabilities, that non-issuance of the order will result in injury to competition that cannot adequately be remedied otherwise by the Act and that a person is likely to suffer non-compensable damage *and* that the balance of convenience favours the applicant.
2. Under section 104, in respect of Part VIII matters, after an application has been made to the Tribunal, the order will be issued in accordance with the principles ordinarily considered by superior courts when granting such relief. In issuing a temporary order, the court must first find that irreparable harm will occur if the injunction is not issued. The only question at this first stage is whether a refusal to grant relief could cause harm that could not be remedied if the eventual decision on the merits did not accord with the result of the application. "Irreparable harm" is harm that either cannot be quantified in monetary terms or cannot be cured, usually because one party cannot collect damages from the other. If the first test is met, the second question to be addressed is which party will suffer the greater harm from the granting or refusal to grant the injunction, pending a resolution of the dispute on the merits.
3. Under section 100 — in the case of mergers only — where the Commissioner has not referred the merger to the Tribunal, but an interim order can be made under section 10(1)(*b*) with regard to a possible offence under Parts VI or VII and which requires more time to be completed. In this case, the absence of an interim order would have to compromise the ability of the Tribunal to remedy the competitive

effects of the proposed merger. The Tribunal's interim order issues on such terms as the Tribunal considers necessary in the circumstances, and lasts for a maximum of 30 days.

An important recurring question was how long it takes to get a temporary cease and desist order from the Tribunal. While it was widely agreed that final disposition of cases by the Tribunal can take a long time, there was no firm consensus on how quickly an interim order might issue. Estimates provided by counsel with considerable experience in competition practice ranged from an hour to two weeks.

> You go to the Tribunal, you get it the same hour. It's not two years. I think he does need a power, but I think you can do it with the Tribunal. [Warren Grover, 46:11:20]

As the name suggests, the order enjoins, or prohibits, the person against whom it is made from engaging in a specific type of conduct. An interim order "may issue ... having regard to the principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory relief." In the case of predatory pricing, irreparable harm can be said to have occurred if the victim of the predation has been so "undercut," that he or she is forced out of the industry.

Subject to provisions of the Act that specifically limit the duration of the order, the Tribunal's interim order has such effect and is of such duration as the Tribunal considers necessary in the circumstances. Once an interim order is issued, the Commissioner is required to proceed as expeditiously as possible to complete the proceedings.

Proposals for New Cease and Desist Powers

Bill C-472 proposes amendments to the *Competition Act* that would invest the Commissioner with the authority to issue temporary (up to 80 days) cease and desist orders without the necessity of applying to the Tribunal: "if in the opinion of the Commissioner, the order is necessary to prevent injury to competition or harm to another person." The following conditions would also have to be met: (1) the Commissioner would have to have commenced an inquiry in regard to whether the person has engaged in conduct that is reviewable under section 79; (2) the Commissioner would have to consider that, in the absence of a temporary order, injury to competition that could not adequately be remedied by the Tribunal would be likely to occur, or a person would be likely to be eliminated as a competitor, suffer a significant loss of market share, suffer a significant loss of revenue, or suffer other harm that could not be adequately remedied by the Tribunal; and (3) the Commissioner would not be obliged to give notice to or receive representations from any person before making a temporary order. A person against whom the Commissioner had made a temporary order might apply to the Tribunal to have the order varied or set aside.

Witnesses expressed broad support for the principle that remedies aimed at price predation must be swift; however, the idea of granting new cease and desist powers to

the Commissioner met with much opposition. These criticisms are summarized as follows.

A party against whom an order was sought would not be entitled to receive notice of the application. As such, the application would be heard without the party having had an opportunity to make arguments or present evidence. This approach would likely cause difficulties for Canadian courts:

> The reason why there's no notice is because the whole point of it is that he's just issuing it himself. The courts hate [that], and part of our judicial tradition is that ex parte applications are rare, very, very rare. [Stanley Wong, 48:11:25]

Where no notice was given the company would be presented, as a fait accompli, with an order that had the same force as a court order and a breach of which would be punishable by fine or imprisonment. Once the order was made, the party could bring an application to set the order aside.

This "reverses the onus" of proof; that is, instead of the Commissioner being required to make out a case for why the order should issue, the person affected by the order would have to make a case for why the order should be lifted. This is arguably in violation of principles of due process, making the legislation vulnerable to judicial review under section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

A second potential ground for judicial review arises out of the fact that the Commissioner could be acting, in effect, as both the prosecutor and the judge. Similar principles were in issue in an early Charter case, *Hunter* v. *Southam.*[11]

> The key problem here is the one I think that Chief Justice Brian Dickson, in the leading decision of the Supreme Court of Canada, indicated in *Hunter and Southam*, that it's inappropriate for a law-enforcement official also to be acting in a judicial capacity in regard to same matter. In other words, he shouldn't be authorizing the issuance of orders in support of your own investigations. [Tim Kennish, 44:9:20]

In that case, the Director of Investigation and Research (the predecessor to the Commissioner) was authorized by statute to conduct searches of premises where the search was authorized by a warrant. The warrant, however, did not issue from the judiciary, but rather from the Restrictive Trade Practices Commission. In effect, the investigation was carried out by one branch of the Commission, and the warrant was issued by another branch. Chief Justice Dickson, writing for a unanimous Supreme Court, found that this violated the "unreasonable search and seizure" provisions set out in section 8 of the Charter. A proper warrant, it was found, must issue from an independent judicial authority (i.e. one not involved in the investigation) and based on evidence submitted by the applicant. In effect, the Director as investigator/prosecutor is required to "make out a case," to an independent judicial body, for the necessity of the search warrant.

---

11 (1984) 2 S.C.R. 145.

A similar principle would appear to apply in the case of the interim order: the Commissioner could issue an order if, in his view, the Tribunal did not provide an adequate remedy. In effect, then, the Commissioner would make not one, but two, judicial determinations: (1) that the Tribunal did not provide adequate remedies; and (2) that there was sufficient evidence of an offence for an injunction to issue. This raised certain questions among witnesses: On what grounds would the Commissioner decide whether the Tribunal was adequate? What "check" would there be on potential misuse of the power? It would lie only with the party affected by the order who, after receiving the order as a *fait accompli*, could make application to the Tribunal, and then make out a case, *post-facto*, why the order should be lifted. The applicant would be denied recourse to any other civil court, apart from the Tribunal, for review of the Commissioner's use of the power. Accordingly, any delays by the Tribunal in hearing the application would act to the prejudice of the applicant.

A third argument involves the possible perverse effects of the power. If a mere allegation of price predation would be sufficient to permit the Commissioner to invoke the interim powers, the Commissioner could, in good faith, be induced by an industry player into issuing an order with a doubly perverse effect: (1) maintaining higher prices for consumers; and (2) protecting an uncompetitive player from healthy competition. Of course, the Commissioner would undertake a full investigation into the matter, when time permitted. However, it is precisely because time is of the essence and permits only a partial investigation that the Commissioner claims that the new powers are required. If there were time for the Commissioner to carry out a full investigation, the Commissioner could simply bring the results of this investigation to the Tribunal, as is currently required. Accordingly, a situation could conceivably arise where the Commissioner, not having completed the investigation owing to time constraints, issued an order based upon an unsubstantiated allegation of price predation. Of course, should price predation in fact be occurring in an industry, the effect of the order would be to right a manifest wrong. According to some economists, however, economic evidence in both Canada and the United States indicates that true predation is rarely attempted and even less frequently successful. In the absence of predation, the effect of the order would be to protect an uncompetitive market player and to maintain higher prices for consumers, at least in the short run.

> The only thing I just want to caution here ... is that the outcome of this is higher prices, not lower prices. ... We're going to ask them to pay more to preserve a competitor because we believe in the long run that's going to ultimately lead to lower prices. That's fine if that's what ultimately is going to be. But if all we're ending up doing is protecting a competitor, raising prices to consumers which we didn't necessarily have to do ... I don't think consumers should have to pay the penalty for that. [Margaret Sanderson, 48:11:25]

Accordingly, it should be asked how often does price predation actually take place, versus how often it is alleged to take place? The Committee heard evidence on this from several economists. While there was no firm consensus on the frequency of predation, it was agreed that it is alleged far more often than it is proved. That is, price predation does exist, but the difficulty of meeting the criminal burden of proof ("beyond a reasonable doubt") may deter the Commissioner from referring it to the Tribunal. Furthermore,

strained enforcement budgets necessitate that the Commissioner choose cases that have the greatest chance of success. As such, it may well be that many cases of predation are not prosecuted (the dynamics of price predation are explored in greater detail in Chapter 3).

Several members of the Committee pointed to instances of possible predatory behaviour and emphasized the devastating effect of the practice on small and medium-sized enterprises (SMEs). Economists appearing before the Committee made the point that the loss of a single competitor does not necessarily harm competition, although certainly it *may* have that effect:

> Any complaint to the Competition Bureau in predation comes from a competitor. It's always a terrible story. Someone is about to go out of business ... [S]omeone is complaining about an imminent failure. There isn't necessarily harm to consumers ... [Margaret Sanderson, 48:11:15]

Assessing the competition in a given market requires more than merely counting the number of firms competing in it. Indeed, the example of Coke and Pepsi illustrates that vigorous competition can ensue where there are only two participants in market. Calculating the impact of the loss of a competitor requires detailed analysis of the particular circumstances of the industry, including market power, the existence and closeness of substitutes, price elasticities of demand and barriers to entry. SMEs are more likely to fail in a market increasingly dominated by large firms which, enjoying greater economies, are able to offer consumers prices that SMEs cannot match. The result is, at least in the short run, lower prices for consumers. In the long run, however, there is a risk that, having driven smaller competitors out of the market, the large firms will raise prices in order to recoup their losses during the predation phase. If barriers to entry are low, of course, raising prices will attract new entrants and competition will bid prices down again. Accordingly, while the loss of a competitor may have a detrimental effect on competition, it does not necessarily do so. Expert witnesses underscored that the *Competition Act* protects competition, not individual competitors. This is not to say, however, that the Act will never serve to protect an individual competitor *if* competition would be harmed by the failure of that firm. Ultimately, however, the test is the impact of the failure on competition, not on the individual enterprise.

Perhaps the most compelling argument against providing the Commissioner with new powers is the fact that the same result — swift action against price predators — could be more readily accomplished with a relatively simple two-step amendment, a process that would safeguard the rights of all parties. The first step would involve expediting the Tribunal process for granting temporary orders; the second step would amend section 100 of the Act to expand the circumstances in which the Commissioner could apply for an interim injunction.

> [Under section] 100, [the Commissioner] is basically certifying that he has started an inquiry under section 10 ... that he has reasonable grounds to believe that there's grounds for making an order, and that he needs more time to complete his inquiry...and that there's

> going to be harm that cannot be remedied by the Tribunal. ... [I]f you generalize that — and I'm surprised, I've said that to the Commissioner directly so I'm not saying anything behind his back — that's where we should be going, a generalized power. You get exactly what you want and it meets all those requirements. [Stanley Wong, 48:11:30]

Private litigants — if private access to the Tribunal was granted (see Chapter 6) — could also benefit from the streamlined injunction procedure. Victims of predation would no longer be reliant on the Bureau's decision to pursue or not to pursue a remedy. As was discussed in Chapter 6, the decision to take a case to the Tribunal may not be made based on merits of the claim, but rather on the availability of enforcement dollars. A private litigant, being intimately familiar with the circumstances, would be better equipped to mount a timely and convincing case. This would give the firm itself the means to take swift action to defend itself from the predator. Of course, the firm would do so at its own expense and risk but this would be no disincentive to legitimate claims.

Alternatives

Several witnesses suggested that, with a few amendments to the current Act, the rules relating to interim orders could be expanded to address the Committee's concerns about the timeliness of the Tribunal process.

Under section 100, the Commissioner may apply for an interim injunction in respect of a merger when the Commissioner: (1) has started an inquiry under section 10; (2) needs more time to complete his inquiry; and (3) the Tribunal finds that in the absence of the order its ability to remedy the effect of the proposed merger would be substantially impaired. It was suggested that by "generalizing" this section to permit the Commissioner to make an application in respect of any matter — not just mergers — in respect of which he has commenced an inquiry, the same objective could be achieved (i.e. swift action against price predators), while ensuring that due process is respected.

The burden of proof to be met by the applicant for an order is an issue that would have to be addressed. By granting an injunction, the Tribunal is, in effect, presupposing that an offence has been committed, which, in the absence of the injunction, will continue. If the subsequent hearing reveals that, in fact, there was no offence, the enjoined party will have been wrongly prevented from pursuing legitimate business activity and is likely to have suffered significant losses as a result. For this reason, with such a result on a normal civil action,[12] the party seeking the injunction must undertake to pay the damages suffered by the enjoined party. For the same reason, the Tribunal would have to require that the applicant make out, at the very least, a prima facie case that an offence was ongoing at the time of the application. Discharging the burden of proof in a price predation case would be difficult: price predation is currently a criminal offence, requiring proof beyond a reasonable doubt. Making out a prima facie case of a criminal offence requires considerably more than making out a prima facie case in a civilly reviewable offence,

---

12 See, for example, Rule 40 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*.

where the burden of proof is the balance of probabilities. However, by amending the Act to make predation a civilly reviewable offence (see Chapter 3), the less onerous civil standard would apply.

It is also important to note that showing a prima facie case is by no means as onerous as actually proving the alleged offence on the balance of probabilities:

> It is not a high threshold. Typically, what does it mean to have a prima facie case? It means you have some evidence of market power. Have you done a full market power assessment? No. You basically have an idea that people have pretty high market shares, and you've got a rough idea that barriers to entry are not low. And that's all. [Margaret Sanderson, 48:11:30]

Having heard and considered the submissions of all witnesses, the Committee finds that:

15. The Government of Canada, in consultation with stakeholders, give further study and consideration to amending section 100 of the *Competition Act* and (other sections in consequence thereof) to apply to matters civilly reviewable by the Tribunal in respect of which an inquiry has been commenced under section 10(1), or in respect of which an application has been commenced by a private party consistent with finding No. 14.

CHAPTER 8:

THE NEWSPAPER INDUSTRY, A DIVERSITY OF VIEWS AND THE *COMPETITION ACT*

The extent of corporate concentration in Canada is unparalleled in any of the western liberal democracies. There are extreme consequences for journalists, for employment, for readers and for democracy. [Gail Lem, 52:10:35]

Competition issues are generic. The same analytical tools can be applied in all markets. The same analytical issues arise in all markets. In my opinion, it is not necessary to have an industry-specific competition policy. [Donald McFetridge, 44:9:05]

Some observers find the Committee's study of a specific industry — in the present case, the newspaper industry — somewhat incongruous in the context of a study of the *Competition Act*, an Act of general application. The current study was conceived in June 1999, far in advance of the recent announcements by both Hollinger and Thomson of their anticipated newspaper divestitures. Over the past three decades, the trend toward greater concentration of ownership has been of increasing concern to many Canadians. In the interim between the Committee's conception of the study and the study itself, the newspaper industry has experienced something of an upheaval. While the announcements by Thomson and Hollinger appear to be "shifting the ground," the ultimate result of those decisions will remain unclear, until at least such time as prospective buyers come forward. Of course, the acquisition of those papers by a single entity could lead to even greater competitive concerns. As such, the Committee believes that such potential "groundshifts" and issues of newspaper concentration will continue to resurface as significant concerns for Canadians. Moreover, as a result of the rapid and widespread development of electronic media in the past decade, the nature of the debate has changed significantly since the 1970s or 1980s. For these reasons, in the context of its study of the *Competition Act*, the Committee has taken the opportunity to explore the interface between competition law and the newspaper business.

A clear understanding of this interface is often obscured by what many see as special considerations unique to the newspaper industry. While at one level it is possible to talk about newspapers as a business like any other, it is equally important to recognize the unique role of the daily paper to millions of Canadians, who rely on it to form opinions on the issues of the day. It is this dual perception of the newspaper industry that makes for the uneasy relationship between that industry and principles of competition law as they have evolved in Canada over the last century.

A Diversity of Views and Ownership Concentration

Concentration in the newspaper industry is not a new concern. As one witness explained, the issue has been addressed before:

> In early 1980, there was a massive sell-off of newspapers ... [This], however, did not produce greater diversity of ownership. On the contrary, it produced yet more concentration so that instead of three chains what we got was two larger chains. The after event response from the government was the appointment of a Royal Commission, which reached the obvious conclusion that the concentration of Canada's press, which was already uniquely high for a democratic country, would become greater still unless Parliament took preventative action. [Tom Kent, 54:15:35]

The government of the day failed to take decisive action "and the inevitable followed." However, Mr. Kent notes "with Mr. Black's ... troubles and Thomson's changed business strategy there is a new opportunity for some deconcentration" [Tom Kent, 54:15:35].

Mr. Kent was not alone in expressing his concerns about concentration, which were echoed in some detail by other witnesses:

> [In] 1970 ... independent daily newspapers controlled 40% of English language newspaper circulation and 50% of French language newspaper circulation. Today independent newspapers represent less than 4% of English language daily circulation with one chain, Conrad Black's Hollinger, controlling 45.4%. This means that almost half of the readers of daily newspapers in Canada get their information from the same source. Three other large chains — Quebecor, Torstar Corp. and Thompson — control the remaining 50% of English language circulation. In the French language market the situation is similar with Quebecor controlling almost 45% of daily circulation. At the regional level, the level of monopoly ownership is simply appalling. In four provinces, one owner controls the entire daily newspaper industry — the Irving family in New Brunswick, and Hollinger in Prince Edward Island, Newfoundland and Saskatchewan. [Gail Lem, Communication, Energy and Paperworks Union of Canada, 52:10:40]

The impacts of concentration are most acute outside major urban centres:

> At the local level, the situation is similar. In the major metropolitan market of Toronto, there are four English-language dailies, which makes Toronto one of the most aggressive news cities in North America. In Montreal there are three French-language dailies and one English daily. But leave those major centres and you have only a handful of cities where there's actually competition. Outside of those seven or eight cities, the major newspaper chains have simply eliminated the competition. They've bought each other out or closed newspapers. [Gail Lem, 52:10:40]

One obvious consequence of increasing concentration is a smaller job market for journalists: "When large chains buy up newspapers, and especially when they buy up a large quantity at a time, the first thing that typically happens is that journalists lose jobs"

[Gail Lem, 52:10:40]. There is more at stake, however, than the loss of jobs for journalists. The quality and quantity of news that reaches the public may also be harmed:

> If you talk to a journalist you will uncover a quiet fear about the state of journalism in Canada and about the quality and integrity of their craft. ... Journalists talk about a shocking narrowing of the journalistic agenda. The range of material that is deemed newsworthy has declined and the resources for investigative journalism have virtually disappeared. [Gail Lem, 52:10:35]

Editorial control is most obvious where journalists are fired, of course; but the impact may be more systemic:

> Chiefs usually claim that they don't abuse their power; they don't interfere in news and opinion ... In a day-to-day sense that's largely true. The chiefs are too busy. But they do choose the people who do manage. In fact, within a chain, the type's set. It may allow a little licensed dissent by a columnist or two, but essentially one viewpoint rules throughout papers. I think no one would accuse Mr. Black of being any less than ideological master of his papers, not any less so than was the Canadian who did become Lord Beaverbrook. [Tom Kent, 54:15:40]

Moreover, the phenomenon is not limited to national newspapers:

> The growth of chains has extended to the community newspaper level. This is something that is not talked about that much, but the fact of the matter is that when you look at community papers you see again Hollinger or a subsidiaries of Hollinger and other chains with large market shares. [Gail Lem, 52:10:40]

Competition Bureau and Newspapers

The evidence presented to the Committee revealed two fundamentally different views on how newspapers should be perceived. On the one hand, journalists contend that:

> The news media is not a business just like any other. Its product is a powerful one that influences political, social and economic policy. This fact remains true despite efforts in recent years of media owners and newspaper publishers to distance themselves from it, perhaps to justify the pursuit of profit at the expense of quality journalism. [Gail Lem, 52:10:35]

By contrast, M. Gaston Jorré, head of the Mergers Branch with the Competition Bureau, emphasizes the uniformity of the Bureau's approach to industry analysis; that approach does not differ when the business is newspapers:

> The Act is one of general application, so the basic principles and the basic approach we use with newspapers are the same as with any other industry. When you have a proposed merger of any size, it's going to be notifiable to us. The key test for us is going to be whether you have a substantial lessening of competition. [Gaston Jorré, 43:11:10]

The Bureau's analysis is essentially an economic one, focusing on advertising. Newspapers, like television, are primarily a vehicle for advertising, since this is where the great preponderance of their revenues are generated. From a business perspective, the key product of a newspaper is an audience for advertisers; the newspaper's number one client is not, as might be supposed, the newspaper reader but rather the advertiser. Accordingly, the key issue that the Bureau must address is how would a proposed transaction affect the advertising rates that the papers can charge? To answer this question means knowing the market.

In broad terms, there are two kinds of advertising: "image" or "national" advertising aims at promoting brand preference and targets a non-regional audience. Common examples (taking the *Globe and Mail* as an example) would include recurring advertisements placed by companies like Harry Rosen menswear or Dell Computers. The second type of advertising aims at promoting retail sales and is likely to target a local audience by advertising a specific sale in a specific store at a specific location. Thus, it is clear that the market for newspaper advertising may be local or national, depending on the product, or more accurately, depending on the advertiser's target customer.

The extent to which a proposed transaction will affect the rates that the papers can charge to advertisers will largely depend on the paper's market power. But market power is not simply a question of how many newspapers, for example *Le Droit* might sell as compared to the *Journal de Montréal*. Other factors will influence this analysis, including the availability of substitutes. If the local paper raises its rates, an advertiser may switch to another medium — to television, radio, billboards, flyers or the Internet. Whether one medium can be substituted for another depends in large measure on what the switch will cost the advertiser. "Cost" in this sense is assessed broadly, encompassing more than just the additional expense of the new medium, but also how effectively the new medium will allow the firm to target its customers. A drop in sales as a result of switching would also be factored into a firm's "switching costs." Of course, costs might also be favourably affected by the switch — a dealer in used cars, for example, might find profit by switching from the *Ottawa Citizen* to the *Auto Trader*. However, an electronics retailer might not have such available substitutes. Demographic studies indicate that certain audiences tend to prefer certain media. People with university education, for instance, are more likely to read the *Globe and Mail* or the *National Post* than the *Sun*. Other demographic groups may rely on magazines, television, the Internet or radio as their source of information. For example, market studies indicate that the *Sun* is the paper of choice for males between the ages of 18-25 with a high-school education. Accordingly, an advertiser aiming its product at that demographic may have very limited substitutes, even in a seemingly competitive market such as Toronto, a city with four major dailies.

This brief illustration makes clear that competitive analysis of news media is very complex. What also becomes clear is that the Bureau conducts its analysis based on quantifiable phenomena, for example: how much must the price rise before switching occurs? This is where problems arise when the *Competition Act* is applied to issues of

editorial content. How do you attach a price to editorial diversity? How do you express *as a number* how public opinion is affected by a change of management of a newspaper?

Objectives of the *Competition Act*

The objectives of the *Competition Act*, as set out in section 1, are:

> Maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

The current Commissioner and his predecessors have consistently maintained that the Bureau's mandate does not extend to consideration of issues of editorial diversity. The point is made by a Bureau official:

> If you have a change of ownership that may have various effects on editorial policy or other things, but that's not going to change the nature of that local competitive market. You had one newspaper before and you'll have one after. You will of course have an issue if, for example, you had two newspapers in a market and the owner of one were to try to purchase the other. Therefore as such the editorial content or the editorial orientation of a paper is not something that we look at in competition policy terms. [Gaston Jorré, 43:11:05]

While the statement is undeniably correct, it is, at the same time, necessary to recognize that increasing concentration of ownership does, at the very least, give rise to legitimate concerns about editorial diversity. The question is: What can competition policy do about it?

The few witnesses appearing before the Committee in general agreed with the conclusion reached by the Kent Commission in 1981 that the current competition laws may not be the best way to regulate newspaper ownership:

> The Campaign supports the Kent Commission's recommendation that separate legislation governing newspapers be enacted that set out limits on ownership as well as mechanisms to ensure greater diversity of ownership by Canadians. [David Robinson, Campaign for Press and Broadcasting Freedom, 53:15:45]

In the absence of industry-specific initiatives, however, witnesses suggested that certain changes to the *Competition Act* would allow the Bureau to respond to the issues. The most frequent suggestion was that the objectives of the Act be expanded.

> Drawing upon existing legislation — the mergers and monopolies legislation in Britain — we could put into the *Competition Act* an amendment that granted the Competition Bureau the authority to consider the impact that proposed mergers and acquisitions on the newspaper industry not just on the business competition, which

> is competition for advertisers, but also on editorial diversity ... [David Robinson, 53:15:50]

And

> When considering whether a proposed merger in the newspaper industry prevents or lessens competition, the Competition Bureau should consider the public interest as well as commercial interests. I know this would be an unusual departure. It would mean considering the impact on the diversity of sources of news and information available to the Canadian public from these newspapers. [Gail Lem, 52:10:55]

A further suggestion was to expand the scope of the Bureau's review to consider the impact of a proposed acquisition on labour markets:

> When assessing proposed mergers and acquisitions in newspaper interests, the Competition Bureau has thus far focused only on the competition for advertising, but there's also a need to look at the competition in the labour market. That is when you have one employer, there's not much competition if you become unemployed and are looking for other employers to work for. [David Robinson, 53:15:50]

And

> It's a departure but one under the current climate that we think would be an important departure. When considering whether a proposed merger in the newspaper industry prevents or lessens competition, the Competition Bureau should, in the interests of a free and fair press, consider the impact on jobs and newsroom resources. [Gail Lem, 52:10:55]

Commentators recognized that implementing these recommendations would have far-reaching effects and would involve substantially rethinking conventional ideas about competition:

> What I'm suggesting ... is that ... competition is a fundamental good of our kind of society. ... In terms of the means of production and the whole economic system, competition is very important. Fine, but there are special situations — and there may be others besides the media ... where the important competition is not of the "means of sale," so to speak, the advertising, the means of financing, but the competition is in terms of what this medium does for people's thoughts and minds and opportunities to have views on public affairs and so on, the very guts of democracy. [Tom Kent, 54:16:45]

Mr. Kent's views, and those of other witnesses, aim at expanding the objectives of the *Competition Act* to take into account in its analysis what has come to be called "social capital":

> Let's be a community of communities. It's very important in this country that we get as much strength as possible in our diverse communities ... The *Competition Act* is an instrument ready to hand that could be used here and now, quickly — with what really, I would say, is quite a minor modification, broadening to take advantage of a window of opportunity to get back to more diversity. I stress that what I'm talking about there is, above all, community. It's the importance of community ownership,

> ownership in the community rather than ownership ... by big, remote corporations ... [Tom Kent, 54:16:45]

Finally, Mr. Kent warned the Committee of the consequences of failing to act.

> Twenty years ago I thought in media it would have to be some separate legislation but now you have an opportunity where it could be done through the *Competition Act*. If it isn't done through the *Competition Act*, then what will happen now is what happened in 1980, that is to say, these papers will be sold to other major corporations, and there won't be any improvement in competition and diversity. [Tom Kent, 54:16:45]

Two Approaches

Expanding the objectives of competition law to include "social capital" considerations might be accomplished in two ways: (1) through direct amendments to the Act itself, creating a "carve-out" for newspapers; or (2) giving final approval to the Minister of Canadian Heritage to allow or disallow a merger or acquisition according to criteria different from those in the Act.

The first approach would require amending the existing Act in order to create industry-specific provisions for newspapers. This approach poses serious conceptual difficulties, however. A recurring theme heard throughout the Committee's study of the Act has been a strong emphasis on the "framework" character of the legislation, that is to say on its application to industry generally. Overwhelmingly, witnesses underscored the importance of preserving the general application of the Act and viewed a possible move towards creating special provisions for any industry, even one as culturally important as newspapers, as a step in the wrong direction.

A second difficulty with this approach would be its impact on the Bureau's analysis, which as noted above, is an economic one, requiring — to the greatest degree possible — quantification of market behaviour. Predicting the behaviour of markets, even using the most sophisticated analytical models, is far from an exact science. Clearly, "social" questions, such as how a given newspaper contributes to solidarity of the community or how it promotes political pluralism, are, by their very nature, unquantifiable:

> The public's interest in vigorous competition among newspapers is not one that can be quantified in a dollar and cents terms. It has to do with the number and quality of independent voices finding expression. [David Robinson, 53:15:55]

In essence, there are simply no analytical models for expressing social concepts in an objective and meaningful way. Ultimately, to challenge a proposed transaction, the Commissioner must be able to provide compelling and objective analysis detailing the expected impact of the deal on markets. Expanding the objectives of the Act to take account of such considerations would require Canada to make a complete paradigm shift, away from the analytical approach currently used by antitrust authorities the world over,

towards a more holistic model relying not on economics, but on the disciplines of psychology, sociology and political science.

Another option would be a hybrid model that incorporated traditional antitrust analysis along with "holistic analysis." This route would also pose difficulties. Which of the two factors would be given greater weight? The economic or the social? How would the Tribunal gauge the merit of the parties' arguments on the social impact of the transaction?

Finally, it is important to recognize that expanding the objectives of the Act would create a very real risk of compromising the original objectives. Lawson Hunter, a former Director of the Bureau, speaks "about the dangers of going too far":

> As a law of general application ... it is a very blunt instrument. Because of that it is a very discretionary instrument and so it gives enormous power in the hands of the regulators ... I think you need to bear that in mind when you think about the powers and process that you're adding on to that position. [Lawson Hunter, 46:9:25]

With this single blunt instrument, the Commissioner is given the task of fulfilling and balancing the Act's objectives. Occasionally, these objectives collide — for example, in some instances it may not be possible to "promote efficiency" while at the same time ensuring that "small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate." Given the difficulty of reconciling even the current objectives of the Act, it is suggested that expanding these objectives would turn the Act from a blunt instrument of economic policy into a blunt instrument of economic and social policy and would ultimately fail to address either objective effectively.

The second approach — creating special provisions in another statutes — would have the advantage of preserving the integrity of the current Act. At least two models for this approach exist in current legislation. The first, in section 47 of the *Canada Transportation Act*, permits the Governor in Council "on the recommendation of the Minister and the minister responsible for the Bureau of Competition Policy," by order, to take any steps, or direct the Agency to take any steps, that the Governor in Council considers essential to stabilize the national transportation system ..." In order to invoke the section, the Governor in Council must be of the opinion that: (a) an extraordinary disruption to the effective continued operation of the national transportation system, other than a labour disruption, exists or is imminent; (b) failure to act under this section would be contrary to the interests of users and operators of the national transportation system; and (c) there are no other provisions in that Act or in any other Act of Parliament that are sufficient and appropriate to remedy the situation and counter the actual or anticipated damage caused by the disruption. The critical section 47(7) states that "anything done under the authority of this section prevails over the *Competition Act*." By this section, the Commissioner's power of review might be suspended by order of Governor in Council. Similarly, with the necessary legislative changes, the Minister of Canadian Heritage might have the power to suspend the Commissioner's review of a proposed transaction.

A variation on this theme finds precedent in section 224 of the *Bank Act*, whereby the Minister of Finance is required to consent to mergers. The Minister of Canadian Heritage could similarly be given the "final say" to approve or deny a proposed transaction in respect of newspapers.

Both of these models pose difficulties owing to the perception of conflict of interest. The role of the press is commonly understood as being the "watchdog" of democracy and thus adversarial to government in order to ensure public accountability in elected representatives. Investing a minister of the Crown with the authority to intervene so significantly in the business dealings of newspapers would be likely be perceived as political interference.

Foreign Ownership Restrictions

Owing to foreign ownership restrictions, newspapers in Canada are not an open market:

> Ownership restrictions in Canada ... undoubtedly contribute to the concentration. Whenever you have ownership restriction in an industry, whether it's newspapers, whether it's telecommunications or broadcasting, etc., you're likely to have fewer players in the market than if you have unrestricted access. [Konrad von Finckenstein, 43:10:10]

In June 1999, the authority to review foreign investments in cultural industries was transferred from the Minister of Industry to the Minister of Canadian Heritage. Newspapers are a cultural good, so foreign investment in them is subject to review by the Minister of Canadian Heritage. In the case of books, another cultural good, there are separate regulations in the *Investment Canada Act* that limit foreign ownership. Firms in the book industry — publishers, wholesalers and retailers — must be Canadian controlled, both legally (50% plus one of outstanding share capital) and de facto. There are, however, no such limits in the *Investment Canada Act* with respect to foreign ownership of newspapers.

There are, however, effective limits to ownership, and these come into play through the *Income Tax Act*. Under section 19 of that Act, the deductibility of costs of advertising in newspapers is limited to advertising in a newspaper that is at least three-quarters owned by Canadians. This requirement imposes an effective limit of 25% on foreign ownership.

Under NAFTA (which refers back to the terms set out in the FTA) this limit could not be relaxed without changing the thrust of NAFTA with respect to Canada's ability to protect its cultural industries. Making section 19 of the *Income Tax Act* more restrictive (such as by increasing the required ownership of newspapers by Canadians to more than 75% for the advertising expense to be an eligible expense for tax purposes) could lead to a challenge by the U.S. under NAFTA.

The tax code treatment that is based on ownership residence obviously erects a barrier to entry to any foreign firm wanting a higher stake in a Canadian newspaper. Some investors, for example, might want a controlling investment or none at all.

The solution of removing barriers to foreign ownership did not, however, meet with enthusiasm:

> Publishers in the U.S. have been lobbying quite hard for a change in the *Income Tax Act* ... The fact of the matter is that ... opening up the industry to foreign ownership is not an answer to this dilemma. Exchanging a Canadian-owned chain for an American one does nothing to improve the situation but could put the cultural fabric of Canada, which I think we all recognize is already under siege, further at risk ... [Gail Lem, 52:10:50]

Mr. Kent viewed foreign ownership as preferable to large corporate ownership:

> American takeover ... indeed ... could be the lesser evil, if the only alternative is domination by a new Canadian media giant. But it would be a poor second to restoring the diversified Canadian ownership that there used to be ... I would certainly agree that to have some foreign ownership could be preferable to everything falling into the hands of one great big corporation just because it was Canadian. [Tom Kent, 54:15:45]

Still, with the current restrictions in place, the question — particularly since the Thomson and Hollinger announcements — remains the same: Who is going to buy the papers? According to one witness:

> The fact that too many Canadian newspapers are in too few hands does not mean that there are a lack of interested buyers, it simply means that big, wealthy, and powerful chains have muscled their way into ownership and influence. This did not happen because no one was interested in owning profitable newspapers. It occurred because there was no effective legislation to prevent it. [Gail Lem, 52:10:50]

One suggested solution would be to take steps necessary to reverse the influence of the chains:

> To ensure that newspapers are affordable to interests other than the large conglomerates and to open up ownership to other than the large chains, the Competition Bureau should consider requiring the vendor to offer the newspapers for sale on an individual rather than a group basis. [Gail Lem, 52:10:55]

Not all witnesses agreed with this assessment, however. "There is a practical problem. With Thomson and Hollinger papers on the market together, demand is likely to be weak in relation to supply" [Tom Kent, 54:15:45].

As an alternative to directly prescribing who might own or bid for a newspaper, it was suggested that tax incentives might be restructured:

> The government should look at the idea of coming up with some incentives or means to encourage local ownership. We do believe that media properties are

> different from other businesses and that there is a public interest as opposed to just the financial and competitive interest. ... It could be done perhaps through various tax incentives or others that would encourage local ownership as opposed to chain wide ownership. [Mike Bocking, Communication, Energy and Paperworkers Union of Canada, 52:11:35]

Mr. Kent agreed that, with the right incentives in place, new buyers could be found or created:

> I think there are quite a lot of people who, on the sort of terms I've suggested and with a powerful tax incentive, would be very anxious to purchase the papers as a group and not necessarily even individuals in that sense. They could be credit unions, labour funds, all sorts of things, purchasing shares in the local paper. The desire to have the local paper is something that has been rekindled. [Tom Kent, 54:15:50]

Other Proposals

Given the apparent difficulty of reconciling the two approaches to newspaper industry analysis, witnesses suggested other means for ensuring accountability and diversity of ownership. One alternative focused, for example, on the membership of newspaper editorial boards:

> One idea that comes up quite often is the idea that instead of just the management of the newspaper, there should be a provision that editorial boards include a representative from among the journalists and a representative from the community so that the newspaper is responsive to needs other than just the management of the newspaper. [Gail Lem, 52:11:40]

Another suggested variation on this theme would be to establish "a publicly accountable body, which could investigate complaints, report publicly on findings, order redress, and so on" [Gail Lem, 52:11:40].

Given the importance of avoiding the appearance of political interference, an amended *Competition Act* would remain Mr. Kent's preference.

> I would be very worried if the process that I'm suggesting, or any process of any other kind that I'm suggesting, were not sort of a due process through the Competition Tribunal rather than by a straightforward ministerial decision, because there would be no avoidance of certainly the appearance or suspicion that dislike of Mr. Black or dislike of somebody ... would influence the decision. That clearly is not what we want. The strength of the *Competition Act* from this point of view ... is that there is a process, a quasi-judicial process. It's very important to have that kind of process if we're dealing with the media. So if we could use it, that would be far simpler than setting up an entirely new process. [Tom Kent, 54:16:30]

Having considered the issues in light of the testimony received to date, the Committee does not endorse the principle of creating special provisions with respect to the newspaper industry in the current *Competition Act*. While recognizing that there are

legitimate concerns with respect to increasing concentration of ownership in the media, it is the Committee's view that the *Competition Act* is not the appropriate instrument to assess those concerns and provide remedies. The Committee therefore finds that:

16. **The Government of Canada, through the Department of Canadian Heritage and other departments, continue to discuss and consider, in consultation with stakeholders, issues of diversity of ownership in the newspaper industry and other information media.**

CONCLUSION

The overriding objective of competition law should be the preservation and enhancement of the vitality of the competitive process. ... Competition law should not be used to protect or give advantage to individual competitors or classes of competitors, nor should competition law be used to pursue other political or social objectives. [Donald McFetridge, 44:9:05]

Considerable thought went into the framework for merger analysis as it's embodied in the Competition Act. I think in general it's still applicable and I don't see any serious need to tinker with it. [Donald McFetridge, 44:10:10]

It is important that we create two branches for agreements between competitors, one branch that makes securing convictions against real true price fixers easier than it is currently ... At the same time... we need to be more accommodating to strategic alliances and joint ventures. [Tom Ross, 46:9:10]

Predatory pricing, resale price maintenance and price discrimination are all practices for which the anticompetitive uses are difficult to distinguish from procompetitive practices. ... We simply need a specialized tribunal to make that difficult assessment. [Ralph Winter, 48:9:10]

Over the last few years, ... there may have been some cases where bona fide anticompetitive conduct was not appropriately addressed. In our respectful view, the problems in question had more to do with insufficient enforcement resources than with any fundamental inadequacy of the Competition Act. [Paul Crampton, 53:15:35]

Private action would be a good complement to public enforcement. It would increase the deterrent effect of the law, and it would help build up a much-needed body of jurisprudence. Private rights of access to the Competition Tribunal in our view would work very well in conduct which is essentially a private matter between buyers and sellers and which therefore does not warrant public intervention. [Konrad von Finckenstein, 43:9:10]

Canadian competition policy, as embodied in the *Competition Act* and as carried out by the Competition Bureau and the Competition Tribunal, is a modern framework for dealing with contemporary antitrust issues. The *Competition Act* generally reflects modern economic analysis, though minor modifications might be desirable. The Competition Bureau's enforcement guidelines can claim to be clear and transparent, though some fine-tuning would be helpful. The Bureau manages its current caseload well, though more resources would enable it to be a more vigilant enforcer. The Competition Tribunal has provided clear and thoughtful jurisprudence that properly embodies economic principles, though its procedures could be adjusted in order to expedite its workload and make room for more activity as a result of the granting of carefully thought out rights of private action.

The Committee praises these institutions, which were established to guard the public interest from the pernicious effects of restraints of trade and to enhancing the efficiency of the economy, as well as the people who make them work so well. Indeed,

this Committee wants to reinforce their efforts to have the business sector squarely focus on wealth creation and to provide an equitable and productive marketplace and workplace for Canadians. For this reason, the Committee calls on the Government of Canada to consider bolstering the Competition Bureau's resources for pursuing both criminal and civilly reviewable cases in the public interest and to grant rights for private enforcement in civilly reviewable matters, an area where more jurisprudence would be welcomed.

The Committee also calls upon the government to modernize its conspiracy provisions so that they distinguish between efficiency-enhancing strategic alliances and egregious cartel agreements. Specifically, the Committee finds shifting the former from the criminal to the civilly reviewable section of the Act (Part VIII), where they will be treated similarly to mergers, while giving the latter a rougher ride than at present by deleting the needless but burdensome requirement to prove that they lessened competition *unduly*, is worthy of further study.

The Committee finds that the government should consider shifting the three anticompetitive pricing provisions, predatory pricing, vertical price maintenance, and price discrimination from the criminal to the civilly reviewable section of the Act, so that the Competition Tribunal can better sort out the implications of these practices. This might be accomplished by repealing the existing price discrimination provision, but the horizontal price maintenance and predatory pricing prohibitions might be retained (with modification) under the criminal section of the Act. Given that the government favours private rights of action in civilly reviewable matters, the refusal to deal and delivered pricing provisions should also be modified to include a "competitive effects" test to avoid becoming entangled in strictly private contractual disputes.

The Committee, as suggested above, finds that the government should consider enacting legislative changes whereby private individuals who have been prejudiced in the conduct of their business by anticompetitive conduct could apply to the Competition Tribunal for relief in civilly reviewable matters. The relief available to private litigants, whether in the form of injunctive relief or damages, or both, should be the subject of further and wider consultation with the public. The Committee also believes the government should continue the process of consultation with the Competition Bureau, the Competition Tribunal and stakeholders on the development of expedited Competition Tribunal procedures for ensuring that disputes involving allegations of anticompetitive conduct are resolved on their merits quickly and cost-effectively.

Finally, the Committee recommends against modifying the *Competition Act* specifically for the newspaper industry. Rather, it is suggested that the discussion of issues of diversity of ownership in newspapers and other information media would be more appropriately carried out through the Department of Canadian Heritage, in consultation with stakeholders.

REQUEST FOR GOVERNMENT RESPONSE

Pursuant to Standing Order 109, the Committee requests that the government table a comprehensive response to this Report within one hundred and fifty (150) days.

A copy of the relevant Minutes of Proceedings of the Standing Committee on Industry (*Meetings Nos. 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 52, 53, 54, 55, 61, 62, 63 and 64 which includes this Report*) is tabled.

Respectfully submitted,

Susan Whelan, M.P.
Essex
Chair

A DISSENTING OPINION
NEW DEMOCRATIC PARTY
JUNE 2000

The Competition Act is an instrument ready to hand, which could be used here and now, quickly, with quite a minor modification. Broadening could be used to take advantage of a window of opportunity to get back to more diversity and dare I stress that what I'm talking about there is, above all, community. It's the importance of community ownership, ownership in the community rather than ownership ... by great big corporations. (Witness, Tom Kent, May 17, 2000)

This dissenting opinion is not being written to diminish the work of the Committee but to highlight a major concern of the New Democratic Party that was not adequately addressed in this interim report — the growing concern of newspaper concentration in our country.

The Committee in its own wisdom decided that the *Competition Act* is not the appropriate vehicle for addressing an industry-specific concern such as the one of monopolies and concentration in the newspaper industry. The New Democratic Party differs in that it believes that the Competition Bureau should weigh the full impact on public interest as well as commercial interest when considering whether a proposed merger in the newspaper industry prevents or lessens competition.

The Public Policy Forum engaged by the Competition Bureau will provide the Committee with further opportunity to review and compare its national findings on the many issues studied. However, the New Democratic Party is reluctant to wait for the completion of the Forum's review when considering the pressing and immediate dilemma facing the Canadian newspaper industry. We agree with the view offered by Tom Kent, former chair of the 1981 Royal Commission on Newspapers, who said: "*In the public interest and in fairness to the business community generally, as well as to the shareholders of Thomson and Hollinger, a clear policy needs to be defined and announced very soon. I hope this won't be one more occasion when the decision is too long delayed.*" (Witness, Tom Kent, May 17, 2000)

There was compelling evidence that today's unhealthy level of concentration happened because there was no effective legislation to prevent it. **Here are some of the glaring facts:**

- nearly 90% of daily newspapers in Canada are controlled by large and powerful newspaper chains – in BC, 95% of them belong to Hollinger;
- in 30 years, independently owned newspapers went from 40% to less than 4% of English language daily circulation — with one chain, Hollinger, controlling 45.4% of the newspapers;

- three other large chains, Quebecor, Torstar Corp. and Thomson control the remaining 50% of English language circulation;
- competing English language or French language dailies are found in only a few cities across the country;
- in four provinces, one owner controls the entire daily newspaper industry — the Irving family in New Brunswick and Hollinger in Prince Edward Island, Newfoundland and Saskatchewan;
- concentration of ownership leads to mass firings of journalists because big chains tend to minimize newsroom costs, drastically effecting both the quality of the news and the labour market.

Another emerging issue was the fear of opening up the industry to foreign ownership. We take the position that the answer to Canada's newspaper ownership dilemma is not to put the newspaper in foreign hands but to break up the monopolies. An American chain is not better than a Canadian chain and only puts at greater risk the cultural fabric of Canada.

NDP Priorities:

We believe that this interim report failed in not recommending the need for a cultural component, implemented by the Competition Bureau under a revised Competition Act.

We believe that the Heritage Committee needs to conduct an immediate and comprehensive review of media ownership while we have papers up for sale and have an opportunity to deal with the issue.

We believe that this government should support diversity of newspaper ownership by considering other innovative options including:

- A requirement by the Competition Bureau to have the newspapers for sale offered on an individual, rather than a group, basis to ensure that newspapers are affordable and open to interests other than the large chains.
- The use of the income tax system to encourage local ownership as opposed to chain-wide ownership:
  - Witness Tom Kent suggested, "fairly wide ownership could be encouraged by providing the investments of up to 10% in a 10% share of an equity required to be eligible for accelerated capital cost allowance." (Witness Tom Kent, May 17, 2000)
- Explore ways to designate newspapers under a new and separate section of the *Broadcast Act* (which currently regulates all private electronic broadcasters and creates the CBC and CRTC).

- Establish newspaper ownership legislation that deals specifically with ownership and market share similar to models used by European countries.

- Consider a press subsidy scheme whereby newspapers that are not always supported by corporate advertisers are provided with some public financing.

The New Democratic Party is committed to ensuring a check and balance in the system that protects the integrity of what we consume as citizens. We feel that the priorities set forth in this opinion are an excellent alternative to the status quo and deserve the attention of this Committee and in the general debate on newspaper ownership in Canada.

APPENDIX 1

THE VANDUZER REPORT

Anticompetitive Pricing Practices and the Competition Act: Theory, Law and Practice, a report written by Professors J. Anthony VanDuzer and Gilles Paquet of the University of Ottawa, is a response to the Government of Canada's request for a review of the selective pricing provisions of the Competition Act. These include price discrimination (section 50(1)(a)), predatory pricing (section 50(1)(c)), price maintenance (section 61), and, as it relates to pricing, abuse of dominant position (section 79). This report addresses the appropriateness of the Act in the context of the contemporary economy, the interpretations of the Act by both the Competition Bureau and the Competition Tribunal, and the Bureau's enforcement, management and administration of the Act's provisions.

The report assembles, explains, and addresses both conventional and contentious contemporary economic views on these pricing practices and how they are treated by the Act, the Bureau and the Tribunal. Perhaps the greatest and most novel contribution of the report is its analysis of the Bureau's management of these pricing practices and legal provisions in light of present declining enforcement resources. The Bureau has apparently adapted its guidelines and enforcement policy to match contemporary economic theory where the law has failed to do so. The report is, however, somewhat critical of the lack of clarity and comprehensiveness of the Bureau's guidelines on these pricing practices and the management of criteria chosen to respond to complaints.

In general, the report is critical of the use of criminal sanctions in dealing with these pricing practices, believing that such treatment is unwarranted in light of contemporary thinking and, in any case, is not effective in identifying anticompetitive cases. While the report does not mention or provide any examples of cases where anticompetitive behaviour have gone unpunished, it clearly indicates that the law could be applied to many cases that are in fact procompetitive. The excessive compliance and monitoring costs that are imposed on the business community by the present situation have a chilling effect on innovative pricing strategies.

The report recommends that: (1) the Act should be amended to comply with contemporary economic thinking; (2) the bulk of these pricing practices should be moved from the criminal to the civil reviewable section of the Act, specifically to the abuse of dominant position provision; (3) the abuse of dominant position provision should be modified in accordance with (2); (4) the Bureau's guidelines should be updated and clarified; (5) the Bureau's enforcement criteria should be reviewed for balance; and (6) the Bureau's resources in the area of in-house industry specialists should be bolstered.

Price Discrimination

Price discrimination is practised by a supplier of goods or services when different prices are charged to different customers (whether other businesses or final consumers) for the same product and when these price differentials do not accurately reflect differences in costs of serving the different customers. Three conditions are necessary for a firm to be said to discriminate:

1. The firm must have *market power* to set prices (otherwise consumers can choose to purchase from a competing supplier).[1]
2. The firm must be able to identify classes of consumers with different price sensitivities (i.e. *price elasticities of demand*).
3. There is limited opportunity for consumers to resell to each other (otherwise consumers would arbitrage these prices to the lower price offered).

Price discrimination is not inherently anticompetitive; much depends on the specific circumstances. It is often procompetitive to charge different prices to different consumers when there are different costs attached to serving them (in the same way as volume and quantity discounts imply different costs and are not anticompetitive in and of themselves). Price discrimination might also result in additional sales to consumers, for example, children and seniors who would not otherwise purchase the product.

The authors of the report are critical of the fact that though the civil provisions dealing with the ultimate discriminatory act, refusal to deal, and behaviour equivalent to price discrimination, such as tied selling, require a consideration of the impact of the behaviour on competition, section 50, price discrimination and predatory pricing, does not. Section 50 has been subject to very few criminal prosecutions, three since 1984. In each case the accused pleaded guilty. Many elements must meet the criminal standard of being beyond the reasonable doubt and, therefore, convictions would be hard to come by. The provision's ineffectiveness has not led to any judicial decisions that would provide guidance on how to interpret it. As a result, there has been a "chilling effect" even on suppliers considering innovative pricing strategies that have no anticompetitive impact.

Dealing with price discrimination as a type of abuse of dominance under section 79 could overcome some of the defects in the present criminal provision. Treating price discrimination as a matter subject to civil review would be consistent with how the Act deals with other vertical behaviour. The abuse of dominance provision incorporates the market power test that economic theory requires as a prerequisite to discrimination, and further requires an assessment of how the discrimination affects competition. The application of section 79 to price discrimination complaints would face several difficulties, however. For example, the approach to market power in the abuse of dominance provision might have to be adapted for these cases. A test of alternative sources of

---

[1] *Market power* is defined as the ability of a supplier to raise its profits by raising its price above marginal costs for an extended period of time.

supply, such as in the refusal to deal provision, might also be required in order to assess the impact of the alleged discrimination on competition.

Predatory Pricing

Predatory pricing occurs when a firm temporarily lowers its prices in an attempt to deter market entry by new competitors or to drive out or discipline existing competitors. In all three cases, the predator incurs temporary losses in the expectation, at the very least, of recouping them by raising prices later. Prior to the 1980s, predation was regarded by most economists as extremely rare; the barriers to entry in most markets were seen to be low. Consequently, the high prices required in the post-predatory period to recoup the losses suffered in the predatory period would not be sustainable in the face of new entrants. Moreover, predation would be very expensive because the "prey" would be aware that it was costly for the predator to finance its losses. Indeed, the prospects of eventual profits would be enough to make the prey hold on (in the case of efficient capital markets), if only to see the predator attempt to buy him out. Only in the extremely rare event that the predator had greater and better access to external capital would a predatory campaign pay off; however, a takeover or merger would likely be a more successful way of monopolizing the market.

Several elements must be established before the offence of predation can be proven. The alleged predator must be engaged in a business and have adopted a policy of selling products at prices that are unreasonably low. The terms "policy" and "unreasonably low" have both raised difficult issues of interpretation. One of four requirements must be met with respect to a policy: (1) it must have the effect or tendency of substantially lessening competition; (2) it must have the effect or tendency of eliminating a competitor; (3) it must be designed to substantially lessen competition; or (4) it must be designed to eliminate a competitor.

Prosecutions under the criminal predatory provision have been rare and there has never been a successful application to the Tribunal with regards to predation. The high number of complaints regarding predatory behaviour and the strong concerns raised by some independent business organizations interviewed, suggest that a more complete response is required. Furthermore, one should be concerned with the relatively low priority likely to be accorded predation cases under the Bureau's selection criteria, which appear to be biased against pursuing them.

Designing a test for predation is more difficult than doing so for other anticompetitive pricing practices. It is one thing to describe predatory behaviour, it is quite another to distinguish its devastating effects from the effects of aggressive competition, even where substantial resources are employed. One thing seems clear, the existing criminal provision is inadequate for providing relief. Dealing with predatory pricing under section 79 would be one solution to the problem. Section 79 establishes market power as

a threshold for obtaining relief and it requires the lower civil burden of proof, which may be important given the inherently contestable nature of the claims surrounding predation.

Price Maintenance

Price maintenance is the practice whereby a firm tries to set a minimum price at which another firm down the manufacturer-wholesaler-retailer distribution chain can sell its product. Resale price maintenance is one of the most pervasive restraints in the marketplace. It may take place either vertically, for example between a wholesale supplier and a retailer that resells the supplier's products, or horizontally, for example between competitors who agree to impose resale price maintenance on those who resell their products.

The economic rationale for prohibiting horizontal price maintenance is more obvious. Where suppliers agree among themselves to set the resale price of their products, price competition among downstream competitors is precluded. It may be that the resale price is more visible to the suppliers than their own prices, suggesting that resale price maintenance may facilitate collusion amongst suppliers. The prohibition of horizontal price maintenance agreements under section 61 is therefore appropriate.

The economic rationale for prohibiting vertical price maintenance under competition law is that it lessens competition by restricting the ability of the retailer to compete on price. It leads to higher prices for consumers and higher margins for retailers, while at the same time protecting inefficient retailers that might not succeed in a truly competitive environment. On the other hand, there are procompetitive motivations for vertical price maintenance. Resale price maintenance could enhance economic efficiency when supplemental pre-sales and post-sales services were required and there was a "free rider" problem with some retailers. In this context, the additional services are thought to be paid for by the additional sales they generate. The market for these efficiency enhancing sales services could, however, be destroyed by discount retailers who lured away customers who had been informed or had benefited from the pre-sales services provided by full-service retailers.

The present provisions dealing with price maintenance suffer from some of the same deficiencies as those identified in relation to price discrimination. The current provision is not designed to address only anticompetitive price maintenance according to criteria suggested by contemporary economic analysis. Consequently, it is not an accurate tool for enforcement and likely imposes excessive compliance and monitoring costs on the business community. The subsequent chilling effect is exacerbated when price maintenance is treated as a criminal offence. Analyzing vertical price maintenance under the abuse of dominance provision, section 79, would provide better prospects for incorporating legitimate defences for this practice since market power and the impact of the practice on competition would be taken into consideration.

APPENDIX 2

PRIVATE MEMBERS' BILLS TO AMEND THE *COMPETITION ACT*

Four Private Members' bills propose amendments to the *Competition Act*: C-402 (Mr. McTeague), C-438 (Mrs. Redman), C-471 (Mrs. Jennings), and C-472 (Mr. McTeague). A brief summary of each is set out below. While the Committee's present mandate does not specifically include a study of these bills, many witnesses appearing before the Committee expressed views on their content and underlying principles. The bills will be the subject of a series of roundtable discussions sponsored this summer by the Public Policy Forum, which expects to make its report in late September 2000.

Bill C-402

This bill proposes to add three anticompetitive practices to the non-exhaustive list in section 78 of the Act (abuse of dominant position). The bill would not create new offences, but would rather provide greater certainty to industry with respect to the type of offences considered by the Bureau to constitute "abuse." The offences would have to be done with intent to either eliminate or discpline a competitor (or a supplier) or prevent entry or expansion into a market. The offences would include, but would not be limited to:

- inducing a supplier to sell only or primarily to certain customers, or to refrain from selling to a competitor;
- selling articles at a price lower than the acquisition cost;
- requiring a supplier to pay a fee to a retailer as a condition for selling a product, if the fee was unrelated to, or in excess of, the actual costs incurred by the retailer with respect to the product;
- a vertically integrated retailer squeezing the margin available to an unintegrated competitor; and
- unilaterally withholding on some pretext amounts owing to a supplier without the latter's prior agreement for the purpose of disciplining the supplier.

Bill C-438

This bill would expand the deceptive marketing offences under the *Competition Act*, creating a new offence (in new section 52.1) of promoting games of chance by mail. A business would commit an offence where, for the purpose of promoting directly or indirectly the supply or use of a product, it delivered printed material conveying the

general impression that the recipient had won something, whose award was made conditional on payment of a sum of money or specific telephone charges.

The current section 52 of the Act contains a general prohibition against knowingly or recklessly making false or misleading public statements for the purpose of directly or indirectly promoting any business interest. Section 52.1 applies the principle specifically to telemarketing; it prohibits the use of the telephone to promote a product or business unless certain material information is disclosed. The bill might best be understood as "filling a gap" in the current law by creating a criminal prohibition in respect of printed material similar to that which exists on deceptive telemarketing.

Bill C-471

This bill has two distinct objectives: The first is to facilitate the exchange of information between Canada and other states for use in civil proceedings. It would authorize the Minister of Industry to enter into agreements with other states to determine whether a person had violated or was about to violate the competition law of that state and to enforce the competition law of that state. Certain matters would have to be addressed in the agreement, including:

- the right of Canada, for reasons of security, sovereignty or public interest as defined by Canada, to refuse to give effect to a request;
- the confidentiality of information sent by Canada to the foreign state pursuant to a request;
- the information that would have to be set out in a request presented by the foreign state in order that effect might be given to a request under this Act;
- an undertaking that the foreign state would provide assistance comparable in scope to the assistance provided by Canada;
- an undertaking that information or evidence obtained would be used only for the purpose of enforcement and administration of the competition law of the foreign state;
- an undertaking that information or evidence obtained from a person and provided to the foreign state would not be used for the purposes of criminal proceedings against the person;
- the return of all the evidence provided by Canadian authorities;
- an undertaking that any rights and privileges afforded under Canadian law would be preserved;
- the termination of an agreement if confidentiality provisions were violated; and
- a requirement that any violation of confidentiality would be promptly notified to the Canadian authorities.

The Commissioner of Competition would be responsible for the implementation of every agreement. A request could be denied if:

- the foreign state could more conveniently have the request satisfied by another source;
- execution of a request would exceed reasonably available resources; and
- execution of a request was not authorized by Canadian law.

This bill would supplement current mechanisms for the exchange of information with foreign states in relation to criminal matters. The 1990 *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Treaty* (MLAT) allows for extensive and formal cooperation and coordination with the United States. Furthermore, the 1995 *Canada-U.S. Agreement Regarding the Application of their Competition and Deceptive Marketing Practices Laws* provides a framework for closer collaboration in the enforcement of Canada and U.S. competition law, and includes procedures for notification, expanded consultation and cooperation to minimize disputes between authorities of the two countries, and to expand the ambit of cooperation in order to include deceptive marketing practices.

Canada is also a party to multilateral, regional and bilateral cooperation agreements, including the 1995 OECD Revised Recommendation Concerning Cooperation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting *International* Trade. This non-binding agreement provides for cooperation and consultation between OECD member states.

The Bureau's current policy on confidentiality attempts to strike a balance between the need to exchange information and the concerns of the legal and business communities that commercially sensitive information provided to the Bureau not be communicated to third parties. Under the current legislation, only the types of information enumerated under section 29 of the Act receive explicit protection against communication to third parties. The Bureau's policy, however, is to treat as confidential all information received that is not publicly available and not to share it with other agencies except where doing so would assist in the administration or enforcement of our legislation. Bill C-471 would enable Canada to promote cooperation with foreign enforcement agencies.

The second objective of the bill is to create a means by which certain questions could be determined more quickly by the Tribunal. The Commissioner and the party to a dispute may, by mutual consent, refer to the Tribunal on a question of law, fact, or mixed law and fact arising under Part VII.1, Part VIII or Part IX. Additionally, the Commissioner may refer any question as to the interpretation or application of Part VII.1, Part VIII or Part IX to the Tribunal for hearing and determination. References are to be heard in a summary way. The proposal is intended to: (a) reduce the length of proceedings and encourage settlement of disputes by clarifying issues without the necessity of a full-blown hearing; and (b) promote the development of a body of case law in order to reduce reliance on Bureau enforcement guidelines.

Bill C-472

Of the four bills, C-472 proposes the most significant amendments to the current system. The first of these would be to replace section 45 (conspiracy). The terms "conspires, combines, agrees or arranges" would be replaced with the single term "collusion," defined as an agreement or arrangement between a person and one or more competitors of the person in relation to the production, supply or acquisition of any product where the person knew, or ought reasonably to have known, that the agreement or arrangement, if implemented, would or would be likely to have the effect of: (a) fixing, establishing, controlling or maintaining the minimum price of the product; (b) allocating any markets, territories, customers or sales for the product between the person and the competitor; (c) boycotting a competitor or a competitor's suppliers or customers; or (d) preventing, eliminating, lessening or otherwise limiting the production or supply of the product.

The offence of collusion would be an indictable offence liable to imprisonment for a term of up to five years and/or a fine of up to $10 million. As a criminal offence, the agreement would have to be proved "beyond a reasonable doubt"; however, the court might infer the existence of collusion from circumstantial evidence. The court would not convict if it found that: (a) the collusion related only to a service and to standards of competence and integrity that were reasonably necessary for the protection of the public; or (b) if the collusion related only to the export of products from Canada and if it did not, or was unlikely to: (i) result in a reduction or limitation of the real value of exports of a product; (ii) restrict any person from entering into or expanding the business of exporting products from Canada; or (iii) prevent or lessen competition in the supply of services facilitating the export of products from Canada.

An agreement or arrangement would not be considered to be collusion if: (a) it was between or among only federal financial institutions; (b) it was made only among companies each of which was an affiliate in respect of every one of the others; (c) notice was given to the Commissioner; (d) it was ancillary to, and reasonably necessary for, another agreement or arrangement among the same participants and the other agreement or arrangement would not itself constitute collusion, when considered on a separate basis; or the participants collectively did not account for, or control, at least 25% of the relevant market for the product affected by the agreement or arrangement (this last exception is also known as the "safe harbour").

According to the third set of amendments, persons who alleged that they were directly affected in their business or were precluded from carrying on business due to their inability to obtain adequate supplies of a product anywhere in a market on usual trade terms could, with leave of the Tribunal, make an application under section 75. Currently, only the Commissioner has standing to make an application to the Tribunal. Similarly, persons who alleged that they were directly affected in their business by exclusive dealing, tied selling or market restriction would be entitled, with leave of the Tribunal, to make an application under section 77. The Commissioner would have 30

days to become party to the application and, after 30 days, would require the request of, or leave of, the Tribunal.

The third set of amendments would add new sections 79.1 and 79.2 to allow the Tribunal, upon an application by the Commissioner, to make an order directed against any person who was a participant in an agreement or arrangement with one or more competitors with respect to the production, supply or acquisition of a product; when the agreement or arrangement had had, was having or would be likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in the affected market. The Tribunal could also order reasonable and necessary action to overcome any of the effects of the agreement or arrangement or to restore competition in the market. However, the Tribunal could not make an order where, in its opinion, the duration of the agreement or arrangement was limited to the reasonable time needed to facilitate the entry of a new product, or a new supplier of a product, into a market. Similarly, no application could be made in respect of an agreement or arrangement entered into only by affiliated companies, partnerships or sole proprietorships. The Commissioner might also issue a clearance certificate, valid for three years, where he was satisfied that the agreement or arrangement that the person was about to enter into would not be likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially.

The last major amendment would give the Commissioner the authority to make a temporary order: (a) prohibiting a person from doing an act or a thing that could, in the opinion of the Commissioner, constitute an anticompetitive act; or (b) requiring the person to take the steps that the Commissioner considered necessary in order to prevent an injury to competition or harm to another person: i.e. an injury to competition that could not adequately be remedied by the Tribunal, or harm a person such as: (i) being eliminated as a competitor; (ii) suffering a significant loss of market share; (iii) suffering a significant loss of revenue; or (iv) suffering other harm that could not be adequately remedied by the Tribunal. The Commissioner would not be obliged to give notice to or receive representations from any person before making a temporary order.

APPENDIX 3
LIST OF WITNESSES

Associations and Individuals	Date	Meeting
Department of Industry	2000/04/13	43
Konrad von Finckenstein, Commissioner of Competition		
Gaston Jorré, Senior Deputy Commissioner of Competition		
Don Mercer, Assistant Deputy Commissioner of Competition, Amendments Unit		
Carleton University	2000/05/02	44
Donald McFetridge, Faculty of Economics		
Osler, Hoskin & Harcourt		
Tim Kennish, Lawyer		
Public Policy Forum		45
David Zussman, President		
Anita Mayer, Vice-President		
Blake, Cassels and Graydon	2000/05/04	46
Warren Grover, Lawyer		
Lang Michener		
James Musgrove, Lawyer		
Stikeman Elliott		
Lawson Hunter, Associate		
University of British Columbia		
Thomas Ross, Professor		
University of British Columbia		47
William Stanbury, Professor		

Associations and Individuals	Date	Meeting
Charles River Associates Canada Limited	2000/05/09	48
Margaret Sanderson, Vice-President		
Davis and Company		
Stanley Wong		
University of Toronto		
Michael Trebilcock, Professor		
Ralph Winter, Professor		
Canadian Council for International Business	2000/05/11	50
Robert Keyes, President and Chief Executive Officer		
Milos Barutciski, Member, Competition Policy and Law Committee		
Communication, Energy and Paperworks Union of Canada	2000/05/16	52
Gail Lem, National Vice-President		
Mike Bocking, President, Local 2000		
André Foucault, National Representative		
Graphics Communications International Union		
Allan Tate, International Representative		
Queen's University		
Roger Ware, Professor		
Campaign for Press and Broadcasting Freedom		53
David Robinson		
Canadian Chamber of Commerce		
Michael Murphy, Senior Vice-President, Policy		
Paul Crampton, Lawyer		
As an Individual	2000/05/17	54
Tom Kent		

Associations and Individuals	Date	Meeting
Canadian Council of Grocery Distributors	2000/05/18	55
Nick Jennery, President and Chief Executive Officer		
David Wilkes, Vice-President, Ontario Region and Trade Relations		
Democracy Watch		
Duff Conacher, Coordinator		

APPENDIX 4

LIST OF BRIEFS

Blake, Cassels and Graydon

Campaign for Press and Broadcasting Freedom

Canadian Bar Association

Canadian Chamber of Commerce

Canadian Council of Grocery Distributors

Charles River Associates Canada Limited

Communication Energy and Paperworks Union of Canada

Democracy Watch

Graphics Communications International Union

Lang Michener

Osler, Hoskin & Harcourt

Stikeman Elliott

University of British Columbia

As an Individual
Tim Creery

MINUTES OF PROCEEDINGS

Monday, June 12, 2000
(*Meeting No. 64*)

The Standing Committee on Industry met *in camera* at 3:55 p.m. this day, in Room 371, West Block, the Chair, Susan Whelan, presiding.

Members of the Committee present: Ian Murray, Nelson Riis and Susan Whelan.

Acting Members present: Michel Bellehumeur for Pierre Brien; John Finlay for Walt Lastewka; Werner Schmidt for Eric Lowther; Denis Paradis for Gurbax Singh Malhi; Murray Calder for Gerry Byrne; Bob Speller for Jerry Pickard and Dennis Mills for John Cannis.

In attendance: *From the Library of Parliament*: Dan Shaw and Geoffrey Kieley, Research Officers.

Pursuant to the Committee's mandate under Standing Order 108(2), a Review of the Competition Act.

The Committee resumed consideration of a draft report.

Ian Murray moved, — That the Draft Report as amended be concurred in.

After debate the motion was agreed to on division.

On motion of Ian Murray, it was agreed, on division, — That the Chair present the Seventh Report to the House at the earliest possible opportunity.

On motion of Ian Murray, it was agreed, on division, — That pursuant to Standing Order 109, the Committee request that the Government table a comprehensive response to this report within one hundred fifty (150) days.

On motion of Ian Murray, it was agreed, on division, — That the Chair be authorized to make such typographical and editorial changes as may be necessary without changing the substance of the Draft Report to the House.

On motion of Ian Murray, it was agreed, — That 550 copies of the Report be printed in both English and French in tumble format.

On motion of Ian Murray, it was agreed, — That the Committee authorize the printing of the dissenting opinion of the New Democratic Party as an appendix to this report, immediately following the signature of the Chair.

On motion of Ian Murray, it was agreed, — That any dissenting opinion be limited to not more than three pages.

On motion of Ian Murray, it was agreed, — That any dissenting opinion be received by the Clerk no later than Tuesday, June 13, 2000 by noon.

At 4:10 p.m., the Committee adjourned to the call of the Chair.

Richard Rumas
Clerk of the Committee

CHAMBRE DES COMMUNES
CANADA

EXAMEN DE LA

LOI SUR LA CONCURRENCE

Rapport du Comité permanent de l'industrie

Susan Whelan, députée
Présidente

Juin 2000

Le Président de la Chambre des communes accorde, par la présente, l'autorisation de reproduire la totalité ou une partie de ce document à des fins éducatives et à des fins d'étude privée, de recherche, de critique, de compte rendu ou en vue d'en préparer un résumé de journal. Toute reproduction de ce document à des fins commerciales ou autres nécessite l'obtention au préalable d'une autorisation écrite du Président.

Si ce document renferme des extraits ou le texte intégral de mémoires présentés au Comité, on doit également obtenir de leurs auteurs l'autorisation de reproduire la totalité ou une partie de ces mémoires.

Les transcriptions des réunions publiques du Comité sont disponibles par Internet : http://www.parl.gc.ca

En vente : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada — Édition, Ottawa, Canada K1A 0S9

EXAMEN DE LA

LOI SUR LA CONCURRENCE

Rapport du Comité permanent de l'industrie

Susan Whelan, députée
Présidente

Juin 2000

COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE

PRÉSIDENTE

Susan Whelan	Essex

VICE-PRÉSIDENTS

Walt Lastewka	St. Catharines
Charlie Penson	Peace River

MEMBRES

Pierre Brien	Témiscamingue
Gerry Byrne	Humber–St. Barbe–Baie Verte
John Cannis	Scarborough Centre
Antoine Dubé	Lévis-et-Chutes-de-la-Chaudière
Jim Hart	Okanagan–Coquihalla
Marlene Jennings	Notre-Dame-de-Grâce–Lachine
Jim Jones	Markham
Eric Lowther	Calgary-Centre
Gurbax Singh Malhi	Bramalea–Gore–Malton–Springdale
Dan McTeague	Pickering–Ajax–Uxbridge
Ian Murray	Lanark–Carleton
Jerry Pickard	Chatham–Kent Essex
Nelson Riis	Kamloops, Thompson and Highland Valleys

GREFFIER DU COMITÉ

Richard Rumas

PERSONNEL DE RECHERCHE

Service de recherche parlementaire, Bibliothèque du Parlement
Daniel Shaw
Geoffrey Kieley

LE COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE

a l'honneur de présenter son

SEPTIÈME RAPPORT

Conformément au mandat que lui confère l'article 108(2), du Règlement, examen de la *Loi sur la concurrence* :

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS DE LA PRÉSIDENTE ix

PRÉFACE xi

LISTE DES CONSTATATIONS PRÉLIMINAIRES xv

INTRODUCTION 1

CHAPITRE 1 : LA CONCURRENCE ET LA POLITIQUE DE CONCURRENCE EN CONTEXTE 5

La conjoncture économique actuelle et la politique de concurrence 5

Interaction entre la concurrence et la politique de concurrence 9

Dispositions conflictuelles et dispositions complémentaires de la Loi sur la concurrence 11

La législation, les lignes directrices et leur application 13

CHAPITRE 2 : COMPLOTS ET AUTRES ENTENTES HORIZONTALES 17

Historique du traitement légal des complots 17

Complot-Alliance Stratégique-Fusion : Un continuum organisationnel 18

Proposition en vue d'un traitement à deux volets 20

CHAPITRE 3 : PRIX D'ÉVICTION ET PRATIQUES ABUSIVES 25

La définition des pratiques abusives et le critère du coût 25

Le traitement légal des prix d'éviction 27

CHAPITRE 4 : MAINTIEN DES PRIX, PRIX À LA LIVRAISON ET REFUS DE VENDRE 33

Maintien des prix 33

Prix à la livraison 38

Refus de vendre 38

CHAPITRE 5 : DISCRIMINATION PAR LES PRIX 41

Analyse économique 41

Traitement légal de la discrimination par les prix 42

CHAPITRE 6 : DROIT PRIVÉ D'ACTION 45
Demandes privées en dommages-intérêts découlant d'une infraction pénale 46
Application publique de la Loi sur la concurrence 47
Fonctionnement du Tribunal de la concurrence 49
Accès privé, protection contre les abus et recours 50
CHAPITRE 7 : POUVOIR D'INTERDICTION 55
Rôle du Tribunal 55
Propositions d'accorder de nouveaux pouvoirs d'interdiction 57
Solutions de rechange 62
CHAPITRE 8 : L'INDUSTRIE DES JOURNAUX, UNE DIVERSITÉ D'OPINIONS ET LA LOI SUR LA CONCURRENCE 65
Diversité d'opinions et concentration de la propriété 66
Le Bureau de la concurrence et les journaux 67
Objectifs de la Loi sur la concurrence 69
Deux approches 71
Restrictions à la propriété étrangère 73
Autres propositions 76
CONCLUSION 77
DEMANDE DE RÉPONSE DU GOUVERNEMENT 81
OPINION DISSIDENTE — NOUVEAU PARTI DÉMOCRATIQUE 83
ANNEXE 1 : LE RAPPORT VANDUZER 87
ANNEXE 2 : PROJETS DE LOI ÉMANANT DES DÉPUTÉS MODIFIANT LA LOI SUR LA CONCURRENCE 93
ANNEXE 3 : LISTE DES TÉMOINS 99
ANNEXE 4 : LISTE DES MÉMOIRES 103
PROCÈS-VERBAL 105

AVANT-PROPOS DE LA PRÉSIDENTE

Conformément à un ordre de renvoi de la Chambre des communes adopté le 20 octobre 1998, le Comité s'est penché sur le projet de loi C-235, Loi modifiant la *Loi sur la concurrence*, qui vise à protéger ceux qui achètent des produits de fournisseurs intégrés qui leur font concurrence sur le marché de détail. Cette mesure est le résultat d'un examen approfondi d'un secteur d'activité au Canada, celui des produits pétroliers, mené, entre autres, par le député Daniel McTeague. Les modifications proposées à la *Loi sur la concurrence* touchent toutefois tous les secteurs industriels. Le projet de loi vise avant tout à renforcer les dispositions de la *Loi* qui ont pour but de réprimer les conséquences anticoncurrentielles des prix d'éviction dans le négoce.

Tout en louant les buts déclarés du projet de loi, le Comité avait des réserves au sujet des moyens envisagés par crainte de bloquer malencontreusement des pratiques légitimes, susceptibles d'accroître la concurrence, chez les fournisseurs intégrés. Il estimait, par exemple, que l'objet ultime de la mesure était de faire en sorte que : a) les fabricants ne puissent vendre aux détaillants indépendants à des prix supérieurs à ceux pratiqués envers leurs filiales et b) que les fabricants intégrés ne puissent vendre aux détaillants indépendants, sur le marché de gros, à des prix supérieurs à leurs propres prix de vente au détail. La mesure vise manifestement à mettre les détaillants indépendants à l'abri des menaces perçues de la part des fabricants intégrés qui les approvisionnent. Cela partait de l'hypothèse tacite que, en mettant ainsi les détaillants indépendants à l'abri, la mesure augmenterait la concurrence et protégerait les consommateurs. Le Comité n'acceptait cependant ni la façon d'aborder le problème, ni cette prémisse. Alors que la *Loi sur la concurrence* est conçue de manière à assurer globalement le jeu de la concurrence, et non pas à protéger en particulier des concurrents ou des catégories de concurrents, les modifications proposées dans le projet de loi C-235 dérogeaient à ce principe fondamental et visaient à protéger les détaillants indépendants.

Le 15 avril 1999, le Comité a donc fait rapport du projet de loi C-235 en proposant comme amendement d'en radier le contenu et le titre. Il exprimait par contre l'avis qu'une étude en profondeur de la *Loi sur la concurrence* s'imposait. Le ministre de l'Industrie, l'honorable John Manley, a alors exprimé le vœu que le Bureau de la concurrence charge un tiers d'entreprendre un examen indépendant des dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux prix anticoncurrentiels et de la façon dont le Bureau les a fait respecter afin de faciliter les travaux du Comité.

J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, tous deux de l'Université d'Ottawa, ont ainsi réalisé une étude en profondeur des prix d'éviction, de la discrimination par les prix et du maintien des prix, y compris leurs motifs et impacts économiques, ainsi que de leur traitement légal et de leur application. Leur travail, intitulé *Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et Loi sur la concurrence : Doctrine, droit et pratique*, a été terminé et présenté au Comité en octobre 1999 (voir l'annexe 1).

Sur réception de ce document, le Comité a entrepris des audiences sur la *Loi sur la concurrence* et son application, en convoquant d'abord le commissaire à la concurrence, Konrad von Finckenstein, et MM. VanDuzer et Paquet. D'autre part, la décision prise par le Comité de se pencher sur la concurrence dans le domaine de la presse fut prise en juin 1999, bien avant l'annonce récente, par Hollinger et Thomson, de leur intention de vendre leurs journaux. S'il est permis de croire que ces annonces changent la situation complètement dans ce secteur, le Comité estime que le problème de concentration de la presse continuera de refaire surface et d'inquiéter profondément les Canadiens. D'autre part, à cause des progrès fulgurants et étendus des médias électroniques depuis une décennie, la nature du débat a bien changé depuis les années 70 et 80. C'est pourquoi le Comité a profité de son examen de la *Loi sur la concurrence* pour se pencher sur l'interaction du droit de la concurrence et de la presse. Pendant trois semaines, en mai 2000, il a donc entrepris une étude intensive de la *Loi sur la concurrence* au cours de laquelle il a entendu pas moins de 32 experts de la politique et du droit de la concurrence, ainsi que d'autres intervenants.

Pendant nos audiences, le Bureau de la concurrence a chargé le Forum des politiques publiques, un organisme neutre et sans but lucratif dont le but est d'améliorer la qualité de l'administration publique au Canada, de consulter la population canadienne sur les changements à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* proposés dans quatre projets de loi d'intérêt privé, c.-à-d. les projets de loi C-402, C-438, C-471 et C-472 (voir l'annexe 2), dont deux portent grosso modo sur les mêmes éléments de politique que le présent rapport provisoire, notamment nos discussions sur les frais de présentation ou d'étalage que certains gros détaillants imposent à des fabricants pour l'utilisation d'espaces linéaires limitées. Ne voulant pas porter préjudice au travail du Forum, le Comité a décidé de différer à son rapport final les témoignages entendus à ce sujet et sur les projets de loi d'initiative parlementaire. Confiant qu'il nous sera utile pour la rédaction de notre rapport final, nous attendons avec impatience de pouvoir examiner ce rapport complémentaire du Forum des politiques publiques plus tard cette année.

La diversité des opinions intéressantes constatées chez les experts de la politique de concurrence dans cet important domaine de spécialité n'a pas empêché de dégager un consensus qui ressort, à notre avis, de ce rapport provisoire. Ce consensus se limite toutefois à des constatations préliminaires et à laisser entrevoir des sujets d'étude pour l'avenir. Après des discussions et des travaux plus approfondis à l'automne, le Comité formulera des recommandations dans son rapport final. J'aimerais ici remercier tous ceux qui ont participé aux audiences de nous avoir fait part de leur perception des choses. Le public conviendra, j'en suis certaine, que ce rapport témoigne à la fois de leurs préoccupations et des valeurs et priorités qui ressortent de la politique de concurrence, du droit pertinent et de la *Loi sur la concurrence*.

PRÉFACE

Le Canada légifère dans le domaine de la concurrence depuis plus d'un siècle. Si le nom et le contenu de la *Loi* applicable ont changé plusieurs fois au cours des ans, chaque révision notable a produit des mesures antitrust qui assurent une meilleure protection de l'intérêt public. Leur but premier demeure toutefois essentiellement le même : la répression des conspirations et des entraves commerciales à caractère monopolistique (sauf celles exclues par privilège parlementaire). La première loi canadienne sur la concurrence, adoptée en 1889 et intitulée *Acte à l'effet de prévenir et de supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, marqua le début d'une ère nouvelle sur deux plans : le dégoût que les monopoles inspiraient au public et la façon d'y parer. Après une période dominée par la politique du laissez-faire, la *Loi* de 1889 rendait la formation de « combines », le terme utilisé pour désigner les coalitions à l'époque, une infraction au *Code criminel*.

La nouvelle mesure était le résultat de pressions politiques exercées par le grand public et d'une campagne extrêmement habile montée contre la grande entreprise par le secteur, bien organisé et bruyant, de la petite entreprise. Il nous semble donc opportun, étant donné l'évolution rapide de l'économie et ses profonds changements, d'analyser les facteurs économiques qui ont mené à l'adoption de cette première loi antitrust. Les deux périodes présentent à la fois des similarités et des divergences révélatrices et instructives qui ne sont pas tout à fait étrangères à ce qui semble se produire aujourd'hui.

À la suite d'investissements publics considérables dans la construction de réseaux ferroviaires et télégraphiques, de grandes entités industrielles plus complexes ont fait leur apparition au Canada et ailleurs dans le monde à partir de la deuxième moitié du XIX^{e} siècle. Les nouveaux progrès des sciences appliquées, la division croissante du travail et l'apparition d'une nouvelle classe dirigeante ont contribué, avec l'expansion horizontale et verticale des activités des grandes entreprises, à la croissance d'un complexe industriel moderne. Ces nouvelles techniques appelaient d'énormes investissements et un engagement à intégrer les opérations tant, en aval, sur le plan de l'approvisionnement en matières premières essentielles que, en amont, sur celui des réseaux de commercialisation et de distribution. Étayées par de nouveaux instruments financiers pour financer la croissance, les grandes sociétés pouvaient ainsi réaliser les économies d'échelle et de gamme inhérentes aux nouvelles méthodes de production, tout en s'assurant du niveau de rendement voulu sur les capitaux investis.

Tout en transformant bien des secteurs d'activité traditionnels, les nouveaux procédés de production ont fait naître beaucoup d'industries nouvelles. Cela n'avait malheureusement pas que du bon. Les avantages sans précédent dont jouissaient les grandes entreprises sur le plan du coût favorisaient ceux qui ont les premiers adapté leurs activités aux nouvelles réalités économiques, au détriment des autres. Tout comme les petits fabricants, les grossistes, les agents commerciaux et les autres intermédiaires

furent ainsi fortement désavantagés lorsque fabricants et détaillants de masse se lancèrent dans la vente de gros. Principaux entrepreneurs des petites villes et des villages, les marchands ainsi évincés formaient un groupe politique très influent qui réclamait, en accusant les grandes entreprises de prédation, une forme législative de redressement.

Les États-Unis et nombre de pays européens éprouvaient à peu près au même moment des difficultés analogues mais il s'est trouvé, par un ensemble de circonstances particulières, que le Canada fut le premier à réagir. Bien conscients que cette révolution des techniques et de l'organisation se traduirait par des avantages économiques et une amélioration du niveau de vie, les politiciens canadiens craignaient cependant que la faible population du pays n'entrave ce mouvement. Pour éviter que le Canada ne devienne un satellite économique des États-Unis par l'exploitation de richesses naturelles et de matières brutes en échange de nouveaux produits plus perfectionnés, le gouvernement du Canada adopta en 1879 sa « Politique nationale ». Cette politique protectionniste, dont l'imposition de tarifs élevés sur les produits industriels était le fer de lance, visait à créer un noyau industriel en Ontario et au Québec. L'élimination de la concurrence étrangère qui en a résulté n'a toutefois fait qu'accroître les soupçons du public à l'égard des regroupements d'entreprises qui se produisaient alors. En 1888, un comité permanent de la Chambre des communes fut donc chargé d'examiner la nature et l'ampleur de certaines coalitions (dans les domaines notamment de l'épicerie, des œufs, du sucre, des biscuits, des confiseries, du charbon, et des produits en fonte et en acier). Sa recommandation étant de légiférer dans ce domaine, la première loi antitrust du Canada fut adoptée l'année suivante.

Une situation semblable semble se profiler à l'horizon. L'innovation est de nouveau à l'origine du changement, mais cela tient moins, cette fois, aux avantages résultant, sur le plan du coût, des économies d'échelle et de gamme attribuables aux nouvelles capacités de production mais plutôt aux avantages liés, sur le plan de la créativité, au savoir (ou au « capital humain »). Au lieu de changements ponctuels, suivis d'une période d'exploitation du niveau et de la gamme de production, l'économie du savoir qui pointe s'accompagne d'un processus d'amélioration constante des produits, des procédés, des méthodes de distribution et de l'organisation. Cette situation de flux constant est pour chacun de nous une source de déséquilibre et d'incertitude.

Ce processus de remplacement du vieux par du neuf ou de « destruction créatrice », comme on l'appelle parfois, s'accompagne d'innovations organisationnelles et institutionnelles. Pressés de hausser la productivité par l'innovation plutôt que par des économies d'échelle, les dirigeants d'entreprises cherchent maintenant plutôt à concevoir des moyens de production frugaux et à réduire leurs activités de base, tout en confiant par impartition leurs fonctions non essentielles et des activités de sous-assemblage à leurs filiales ou à des alliés stratégiques (il s'agit parfois d'entreprises larguées lors d'opérations de rationalisation). D'autre part, poussés par les progrès récents des technologies du transport et des communications, tout en tirant parti du nouveau climat commercial qui balaie la planète, le choix de l'emplacement des éléments critiques de fabrication et d'assemblage vise à faire en sorte que globalement le processus de

production tire davantage parti des avantages concurrentiels où qu'ils soient, qu'il s'agisse d'économies d'échelle, de gamme ou d'apprentissage sur le tas, ou d'une plus grande spécialisation des facteurs. Le secteur canadien des affaires s'internationalise de plus en plus, tissant autour de la planète une toile complexe d'activités imbriquées. Il s'ensuit que, devant la forte concurrence que leur opposent les grandes sociétés, tant canadiennes qu'étrangères, les petites entreprises canadiennes sont de nouveau forcées de revoir leurs modèles d'affaires. C'est le cas en particulier des détaillants d'essence, qui ont déjà fait l'objet d'enquêtes publiques, politiques et antitrust, des épiceries et de la presse écrite.

À partir du milieu des années 1980, des postes d'essence libre-service offrant, outre l'essence, une gamme limitée d'accessoires d'automobile et, dans certains cas, des confiseries ont remplacé les stations-service traditionnelles à prestations complètes où l'on pouvait faire le plein, faire réparer sa voiture et acheter des accessoires (huile, graisses, essuie-glaces, filtres à air et ainsi de suite). Les propriétaires des postes d'essence ont dû faire de gros investissements, notamment pour accroître le nombre et la taille des réservoirs souterrains, aménager des aires de service plus spacieuses, et installer des pompes faciles à utiliser et une caisse centrale. Ces postes d'essence plus coûteux permettent à certains de tirer parti des économies d'échelle en vendant plus d'essence, mais la surabondance de détaillants d'essence ainsi causée à plus long terme en a forcé certains à fermer leurs portes. L'étude des pratiques monopolistiques vise donc à déterminer s'il s'agit de fournisseurs inefficaces (c.-à-d. de détaillants intégrés verticalement ou indépendants) ou d'indépendants qui, tout en étant efficaces, ont été désavantagés par les prix d'éviction pratiqués par les vendeurs d'essence intégrés.

Les politiques de prix novatrices, comme l'imposition par les grands magasins d'alimentation de « frais d'étalage » pour le linéaire occupé, existent depuis quelque temps, mais elles prolifèrent rapidement (au même rythme, prétendent certains, que le lancement de nouveaux produits dont le nombre aurait, d'après une étude sectorielle, dépassé 18 000 depuis un an). Les montants forfaitaires exigés (d'abord pour une aire dans l'entrepôt, et maintenant pour l'étalage), surtout par les grands détaillants de masse implantés dans des marchés fortement concentrés, suscitent autant de controverse que les chaînes de distribution des années 1930. Les frais d'étalage sont l'une des nombreuses pratiques commerciales adoptées pour lancer de nouveaux produits dont le succès commercial est très aléatoire, notamment dans le secteur de l'alimentation, des livres et des jouets pour enfants. Bien qu'ils puissent être discriminatoires envers différents fabricants, ces frais permettent aussi dans une certaine mesure de partager le risque entre détaillants et fabricants (il semble que plus de 70 % des nouveaux produits alimentaires restent à l'étalage moins d'un an); ce sont donc les circonstances qui déterminent s'ils favorisent ou briment la concurrence. L'examen antitrust vise en particulier à déterminer si ces pratiques constituent une réaction légitime au manque d'espace ou si, en excluant les petits fabricants de certains modes de distribution commerciale, elles constituent soit de la discrimination anticoncurrentielle par les prix, soit un abus de position dominante sur le marché.

L'apparition, dans les années 1960, de nouvelles technologies, comme l'ordinateur et la composition à froid ou par procédé offset, a entraîné une restructuration notable de la presse écrite, et en particulier des journaux; l'impact du changement le plus profond, l'arrivée de l'Internet, ne s'est toutefois pas encore fait sentir. La restructuration s'est traduite jusqu'ici par la consolidation et une concentration croissante du capital, au point que certains intervenants industriels estiment que, pour un pays démocratique comme le Canada, un nombre trop restreint de barons des médias détient maintenant beaucoup trop de pouvoir politique et culturel. Le Bureau de la concurrence, qui s'est penché sur chacune des grandes fusions et acquisitions de journaux pendant cette période, se limitait, comme il se doit, à son étroit mandat, qui a trait à l'aspect commercial de l'entreprise, au détriment d'aspects plus vastes de l'intérêt public comme la diversité et la qualité du contenu. Étant donné l'absence de processus d'examen en bonne et due forme à l'égard de ces intérêts publics fondamentaux et le processus de révision sur place des fusions établies par la *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, divers intervenants industriels ont donné à entendre qu'il serait opportun d'envisager d'élargir les objectifs de ces *Lois* ainsi que les mandats du Bureau et du Tribunal de la concurrence de manière à y englober des intérêts sociaux plus étendus.

Dans le contexte de ces controverses, le Parlement doit de nouveau revoir sa législation antitrust et l'adapter à la situation actuelle. Certains experts des mesures antitrust estiment que les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux conspirations ne permettent pas de faire une distinction suffisante entre la collusion et les alliances stratégiques recherchées par le milieu des affaires comme solution de rechange à une fusion totale. De plus en plus d'intervenants jugent le *Code criminel* peu apte à distinguer entre un comportement anticoncurrentiel et un comportement parfaitement légitime qui favorise la concurrence sur le plan de la discrimination par les prix, des prix d'éviction et des prix imposés. Certains préconisent aussi d'habiliter le commissaire à la concurrence ou le Tribunal de la concurrence à émettre des ordonnances temporaires d'interdiction pour parer aux actes flagrants de prédation. Vu le champ sans cesse croissant de surveillance industrielle du Bureau de la concurrence, ainsi que sa charge de travail et ses ressources limitées, il faudrait aussi revoir les droits d'action privée et l'accès au Tribunal de la concurrence à l'égard de pratiques examinables (c.-à-d. le refus de vendre, la vente exclusive, la vente conditionnelle, et les restrictions du marché ou du territoire). L'enquête du Comité sur la *Loi sur la concurrence* englobera chacun de ces éléments.

LISTE DES CONSTATATIONS PRÉLIMINAIRES

CHAPITRE 1 :

LA CONCURRENCE ET LA POLITIQUE DE CONCURRENCE EN CONTEXTE

1. **Que le gouvernement du Canada réévalue les seuils minimaux des fusionnements devant faire l'objet d'un examen et, s'il les ne les juge pas appropriés à l'application optimale de la *Loi sur la concurrence*, qu'il envisage de les rectifier en conséquence.**

2. **Que le gouvernement du Canada fournisse au Bureau de la concurrence les ressources, financières et autres, nécessaires à la bonne application de la *Loi sur la concurrence*.**

CHAPITRE 2 :

COMPLOTS ET AUTRES ENTENTES HORIZONTALES

3. **Qu'après avoir consulté les intéressés, le gouvernement du Canada songe à traiter les ententes entre concurrents selon une méthode à deux volets. Le premier volet envisagé serait fondé sur la disposition concernant les complots (article 45) de la *Loi sur la concurrence* et porterait sur les ententes conclues expressément pour réduire la concurrence en diminuant la production et en haussant les prix (grands cartels). Quant au deuxième volet, issu d'une modification de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79) de la *Loi sur la concurrence*, il concernerait tous les autres types d'ententes entre concurrents dans lesquelles les entraves à la concurrence sont secondaires.**

4. **Qu'après consultation avec les intéressés, le gouvernement du Canada étudie les conséquences d'une éventuelle suppression du terme « indûment » contenue dans la disposition sur les complots (article 45) de la *Loi sur la concurrence*.**

5. **Que le gouvernement du Canada entreprenne une analyse économique et juridique complète des diverses façons possibles de modifier la disposition sur l'abus de position dominante (article 79) de la Loi sur la concurrence, en vue d'y prévoir soit un critère visant à considérer si l'entente entre concurrents est de nature à « réduire sensiblement la concurrence » soit une défense expresse selon laquelle les efficiences produites seraient soupesées au regard des effets anticoncurrentiels des ententes.**

CHAPITRE 3 :

PRIX D'ÉVICTION ET PRATIQUES ABUSIVES

6. **Qu'après consultation avec les intéressés, le gouvernement du Canada envisage de modifier les alinéas 50(1)*b*) et 50(1)*c*) de la *Loi sur la concurrence* par la substitution des termes « et étant destinée à avoir un semblable effet » aux termes « ou étant destinée à avoir un semblable effet ». Ainsi, la preuve de l'acte criminel exigerait à la fois la démonstration de la pratique de prix inférieurs au coût de revient et de l'intention de réduire la concurrence ou de pénaliser ou d'éliminer un concurrent.**

7. **Qu'après consultation avec les intéressés, le gouvernement du Canada envisage la possibilité d'insérer une nouvelle disposition sur les prix d'éviction dans la partie de la *Loi sur la concurrence* portant sur les affaires de droit civil, éventuellement à l'article 79 sur l'abus de position dominante. Il serait bon que la disposition en question précise que l'auteur de l'acte incriminé doit jouir d'une « puissance commerciale » et que l'acte doit avoir pour effet de « réduire sensiblement la concurrence ». Il faudrait envisager l'adoption de nouvelles lignes directrices sur les prix d'éviction afférentes à la disposition sur l'abus de position dominante.**

8. **Que le gouvernement du Canada étudie les conséquences qu'aurait le fait de modifier le paragraphe 78(i) afin qu'il se lise ainsi : « le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût variable moyen dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent ».**

CHAPITRE 4 :

MAINTIEN DES PRIX, PRIX À LA LIVRAISON ET REFUS DE VENDRE

9. **Que le gouvernement du Canada, après consultation des parties intéressées, modifie l'article 61 de la *Loi sur la concurrence* portant sur le maintien des prix de manière à établir une distinction entre les pratiques qui nuisent à la concurrence et celles qui stimulent l'efficacité. Le maintien des prix entre concurrents, que ce soit entre fabricants ou entre distributeurs, devrait continuer de relever des dispositions pénales de la *Loi sur la concurrence*, éventuellement de l'article 45 sur la collusion. Les ententes de maintien des prix entre un fabricant et ses distributeurs devraient relever des dispositions civiles relatives aux affaires que le Tribunal peut examiner, éventuellement de l'article 79 sur l'abus de position dominante. Cette disposition devrait également préciser que la personne en question doit jouir d'une « puissance commerciale » et que la pratique incriminée doit avoir pour effet « de réduire sensiblement la concurrence ».**

10. **Que, si le gouvernement du Canada devait donner suite à la constatation précédente du Comité, le Bureau de la concurrence adopte de nouvelles lignes directrices portant sur l'abus de position dominante (article 79) dans le contexte des ententes de maintien des prix entre un fabricant et ses distributeurs, qui comprendraient le cadre analytique de l'évaluation de la puissance commerciale et des effets sur la concurrence. Il faudrait envisager d'adopter également des lignes directrices sur l'exécution des dispositions relatives à la collusion (article 45) à l'égard des ententes de maintien des prix conclues entre des fabricants ou des distributeurs visées par l'article 61.**

11. **Si des particuliers sont autorisés à s'adresser au Tribunal de la concurrence afin d'obtenir un redressement dans des affaires susceptibles d'examen au civil, que le gouvernement du Canada envisage de modifier l'article 81 de la *Loi sur la concurrence* portant sur les prix à la livraison afin de préciser que la pratique incriminée doit avoir pour effet de « réduire sensiblement la concurrence ».**

12. **Si des particuliers sont autorisés à s'adresser au Tribunal de la concurrence afin d'obtenir un redressement dans des affaires susceptibles d'examen au civil, que le gouvernement du Canada envisage de modifier l'article 75 de la *Loi sur la concurrence* portant sur le refus de vendre afin d'y ajouter un critère relatif aux effets sur la concurrence.**

CHAPITRE 5 :

DISCRIMINATION PAR LES PRIX

13. **Que le gouvernement du Canada, après consultation avec les parties intéressées, notamment les représentants des petites entreprises, envisage d'abroger l'alinéa 50(1)*a*) et l'article 51 de la *Loi sur la concurrence* et intègre cette interdiction aux dispositions de la *Loi* relevant du droit civil qui concernent les affaires que le Tribunal peut examiner, interdiction qui pourrait éventuellement figurer à l'article 79 portant sur l'abus de position dominante. Il devra veiller à en subordonner l'application à la fois au fait que la personne incriminée jouit d'une « puissance commerciale » et au fait que la pratique incriminée a pour effet de « réduire sensiblement la concurrence ». La disposition devra régir tous les produits, y compris les articles et les services, et toutes les transactions, donc ne pas se limiter aux ventes. Il faudrait également envisager d'adopter, dans le contexte de la disposition sur l'abus de position dominante, des lignes directrices en matière d'exécution des mesures concernant la discrimination par les prix.**

CHAPITRE 6 :

DROIT PRIVÉ D'ACTION

14. Que le gouvernement du Canada étudie plus à fond, en consultation avec les intervenants, la possibilité d'adopter les modifications législatives nécessaires pour permettre à des particuliers qui ont été lésés dans leurs entreprises par des agissements anticoncurrentiels de recourir au Tribunal de la concurrence afin d'obtenir un redressement dans des affaires susceptibles d'examen au civil. La question du redressement offert aux plaideurs privés, sous forme de mesure injonctive ou de dommages-intérêts, ou les deux, devrait faire l'objet d'autres consultations.

CHAPITRE 7 :

POUVOIR D'INTERDICITON

15. Que le gouvernement du Canada, en consultation avec les intervenants, étudie plus à fond la possibilité de modifier l'article 100 de la *Loi sur la concurrence* (et d'autres dispositions de la *Loi* en conséquence) afin qu'il s'applique aux affaires susceptibles d'examen au civil par le Tribunal et à l'égard desquelles soit une enquête a été amorcée aux termes du paragraphe 10(1) soit une demande a été déposée par une partie privée dans le sens de la constatation n° 14.

CHAPITRE 8 :

L'INDUSTRIE DES JOURNAUX, UNE DIVERSITÉ D'OPINIONS ET LA *LOI SUR LA CONCURRENCE*

16. Que le gouvernement du Canada, par l'intermédiaire du ministère du Patrimoine canadien et d'autres ministères, continue de débattre et d'étudier, en consultation avec les intervenants, les questions de la diversité de la propriété dans l'industrie de la presse écrite et des autres médias d'information.

INTRODUCTION

De manière générale il s'agit d'une loi bien structurée, moderne et dont nous pouvons être fiers. Elle est le reflet d'une pensée économique moderne. C'est une mesure de réglementation économique tout à fait à jour. [Tom Ross, 46:9:15]

Il est toujours possible d'améliorer les choses, et la Loi sur la concurrence *qui, selon nous, continue à refléter une approche moderne et bien équilibrée à l'égard du droit de la concurrence, n'est pas une exception. [Paul Crampton, 53 :15:35]*

La première loi canadienne sur la concurrence, adoptée en 1889 et intitulée *Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce,* constituait une première mondiale. Résultat des soupçons que l'explosion du nombre de fusions et de trusts formés à la fin du XIX^{e} siècle éveillait chez le public, la nouvelle mesure mettait fin à une période de laissez-faire. Malgré sa faiblesse initiale, chaque révision modeste du droit de la concurrence, et il y en a eu beaucoup depuis un siècle, a permis de la moderniser et de la rendre plus efficace. Le Canada peut aujourd'hui s'enorgueillir de sa *Loi sur la concurrence*; c'est une mesure efficace qui tient compte autant des intérêts des consommateurs à obtenir des marchandises et des services de qualité à des prix concurrentiels que de ceux des commerçants à pouvoir concevoir et réaliser librement leurs plans et stratégies d'affaires sans ingérence gouvernementale.

La *Loi sur la concurrence*, qui a pour but de préserver et de favoriser le jeu de la concurrence, est un instrument économique bien conçu. Elle est d'application générale, puisqu'elle vise également tous les secteurs d'activité (sauf ceux qui jouissent du privilège parlementaire) et ne favorise les intérêts d'aucun concurrent ni d'aucune catégorie de concurrents. En mettant en place une vaste structure destinée à maintenir la concurrence, ce qui fixe les « règles du jeu », en assurant la plus grande diffusion possible des directives du Bureau de la concurrence sur l'application de la *Loi* auprès du milieu des affaires tout en s'acquittant de son rôle de défenseur à de nombreuses audiences réglementaires, de façon à mettre tous les intervenants au courant des règles, et en veillant judicieusement au respect des dispositions de la *Loi*, de sorte que l'arbitrage est conforme aux règles, la *Loi sur la concurrence* du Canada et ceux chargés de l'appliquer ont réussi à créer un climat économique où les infractions sont l'exception plutôt que la règle.

La mesure législative initiale du Canada dans le domaine de la concurrence est née, à n'en pas douter, du dégoût que les coalitions d'affaires de l'époque inspiraient à la population. La plupart de ces grandes fusions étaient cependant attribuables aux énormes économies d'échelle que des produits et procédés novateurs permettaient de réaliser. Une situation semblable semble se produire aujourd'hui. L'innovation est de nouveau à l'origine du changement, mais il s'agit moins cette fois d'avantages que les économies d'échelle et de gamme découlant de nouveaux investissements apportent sur le plan des coûts que d'avantages intellectuels découlant du savoir (ou du « capital humain »). Au lieu de changements ponctuels, suivis d'une période d'exploitation des

avantages liés à la taille et à la gamme, l'économie du savoir actuelle s'accompagne d'un processus constant de changement où les produits, les techniques et les méthodes de production et de distribution ne cessent de s'améliorer. À mesure qu'ils sont mis au point, les nouveaux modèles d'entreprise exercent de nouvelles pressions sur le milieu des affaires et font apparaître de nouvelles fissures dans la structure de la politique de concurrence.

Les détaillants plus traditionnels semblent les plus durement touchés par l'ouverture d'hypermarchés, fondés sur des systèmes d'approvisionnement et de livraison au moment opportun, et par l'Internet, qui permet parfois de se passer entièrement d'intermédiaires. Qu'il s'agisse de postes d'essence, d'épiceries ou d'autres petites entreprises, les petits marchands indépendants se sentent évincés par des concurrents qui, beaucoup plus gros, sont intégrés verticalement. Ils mettent donc ouvertement en doute l'efficacité des dispositions de la *Loi* relatives aux prix d'éviction et aux abus d'une position commerciale dominante. Par contre, les nouvelles entreprises d'information et de télécommunications qui souhaitent former des alliances stratégiques, au lieu de procéder à une fusion intégrale susceptible d'entraîner une perte de productivité et de les amener à s'éparpiller, se heurtent à une législation antitrust conçue pour la situation industrielle qui existait à la fin du siècle dernier. De façon un peu analogue, les fabricants de produits complexes qui obligent les détaillants à faire appel à des services d'information ou de démonstration particulièrement étendus pour persuader les clients éventuels de leur utilité voient leurs stratégies de prix entravés, de façon arbitraire, par des mesures législatives sur les prix imposés qui ont été conçues pour réprimer les coalitions entre fabricants ou distributeurs.

Le présent rapport répond à ces inquiétudes en faisant état des constatations préliminaires et en indiquant sur quoi d'autres travaux et consultations pourraient porter en vue de réviser certaines dispositions pertinentes de la *Loi sur la concurrence*. Le chapitre 1 cerne d'abord les principaux aspects de la conjoncture économique qui transforment le paysage commercial, tout en mettant en contexte la politique canadienne de concurrence, c'est-à-dire tant le droit pertinent que son application. Dans le chapitre 2, nous examinons les dispositions de la *Loi* relatives aux collusions en quête de la meilleure façon de les moderniser, s'il y a lieu, compte tenu de la tendance croissante dans le milieu des affaires à forger des alliances et des coentreprises stratégiques. Dans les chapitres 3, 4 et 5, nous envisageons de déplacer plusieurs dispositions de la *Loi* relatives aux prix anticoncurrentiels — celles qui ont trait aux prix d'éviction, au maintien des prix sur l'axe vertical et à la discrimination par les prix — de façon à les faire passer des dispositions de la *Loi* à caractère pénal à celles qui prévoient un examen en droit civil. Des améliorations aux dispositions portant sur le refus de vendre et les prix à la livraison sont aussi envisagées afin d'éviter d'être mêlés à des différends contractuels privés. Le chapitre 6 porte sur les problèmes liés à l'extension du droit privé d'action contre les agissements anticoncurrentiels aux affaires susceptibles de faire l'objet d'un examen. Dans le chapitre 7, nous nous penchons sur les nouveaux pouvoirs d'émission d'ordonnances d'interdiction provisoires que réclame le commissaire à la concurrence et sur la rationalisation des procédures du Tribunal de la concurrence. Nous passons enfin en revue, au chapitre 8, d'autres façons de parer à la concentration des capitaux dans le

secteur de la presse écrite, y compris la modification éventuelle de la *Loi sur la concurrence* par l'insertion de dispositions propres à ce secteur. Nous résumons enfin les principales conclusions et les constatations préliminaires du rapport.

Le Comité tient à souligner que le présent rapport se situe dans le contexte des propositions de changement que le Bureau de la concurrence, le Tribunal de la concurrence et les intervenants du secteur privé examinent déjà. C'est pourquoi il ne formule pas de recommandations définitives pour l'instant, se bornant plutôt à exposer ses constatations préliminaires fondées sur les témoignages entendus jusqu'ici et l'étude attentive des enjeux soulevés.

CHAPITRE 1 :

LA CONCURRENCE ET LA POLITIQUE DE CONCURRENCE EN CONTEXTE

L'objectif de la politique et du droit de la concurrence [...] est de protéger la concurrence et l'efficience économique, et non pas les concurrents eux-mêmes. Il s'agit de protéger l'efficience du système, et non pas l'existence ou la rentabilité, de telle ou telle entreprise. [Roger Ware, 52:9:45]

La Loi sur la concurrence est essentiellement un dispositif de secours. Si le marché fonctionne bien, le commissaire n'a pas à intervenir. Or, le fait est que le marché ne fonctionne pas parfaitement sans aide et que certains concurrents essaient de fixer les prix. Il y a des concurrents qui exercent leur pouvoir de marché d'une façon inacceptable pour la société. Nous devons tout simplement leur taper sur les doigts et dire : « Non ». [William Stanbury, 47:16:05]

En tant que loi d'application générale, c'est un instrument très grossier. [Lawson Hunter, 46:9:25]

La conjoncture économique actuelle et la politique de concurrence

À l'aube du troisième millénaire, les deux grands moteurs de l'évolution économique mondiale sont la mondialisation et l'innovation. Le terme « mondialisation » s'entend de l'intégration et de l'interdépendance économiques et politiques que connaissent les pays en raison des échanges commerciaux, des investissements, des mouvements de personnes et de la diffusion des connaissances. Les entreprises multinationales sont au centre de ce processus. Ces sociétés apparemment sans nationalité et sans frontières, stimulées par les avancées récentes des technologies du transport et des communications, commencent à confier la fabrication et l'assemblage de certaines composantes périphériques de leurs produits à des filiales et à des partenaires stratégiques au-delà des frontières nationales, profitant ainsi du nouveau climat d'échange qui inonde la planète. Les secteurs commerciaux de la plupart des pays industrialisés ont ainsi donné une dimension internationale à leurs activités, d'où le réseau complexe de liens actuellement en place dans le monde.

L'économie du savoir en est à ses débuts, il est vrai, mais elle avance à grands pas, aiguillonnée par l'innovation qui transforme les produits, les technologies et les modalités d'organisation. Nous en voyons des preuves concrètes autour de nous : la durée de vie des produits diminue sans cesse[1]; les nouvelles technologies largement

[1] Aujourd'hui, la présence moyenne sur le marché d'un modèle d'ordinateur personnel ne dépasse pas six mois; celle d'un logiciel est d'environ six mois; et celle des semi-conducteurs se situe entre un et deux ans. Même les produits plus traditionnels connaissent une transformation rapide. Par exemple, les modèles d'automobiles qui n'étaient modifiés en profondeur que tous les 10 ans environ sont maintenant remaniés à intervalles de quatre à six ans. Le cycle de vie du modèle d'avion typique est tombé d'environ 20 ans à un peu moins de 10 ans.

assistées par ordinateur, rendues possibles grâce aux microprocesseurs numériques, prolifèrent aussi bien dans les grandes usines qu'au magasin du coin[2]; et les techniques de production allégées, qui favorisent la spécialisation des entreprises dans leurs compétences principales, auxquelles est associée une impartition auprès d'alliés stratégiques, sont en train de réorganiser le marché[3].

Les interventions des pouvoirs publics face à cette évolution (mesures de libéralisation des échanges, déréglementation et privatisation des services publics) ont rendu l'économie canadienne plus concurrentielle. Par exemple, l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis (ALE) a entraîné une amélioration considérable de la productivité et de la compétitivité de notre secteur manufacturier au cours de la dernière décennie, en forçant l'industrie à simplifier ses installations et ses activités et à tirer un meilleur parti des économies d'échelle[4]. Les innovations dans les télécommunications ainsi que dans les systèmes technologiques et énergétiques ont éliminé toute idée générale de « monopole naturel » et entraîné une déréglementation et une concurrence ouverte là où, autrefois, seuls les pouvoirs publics ou les monopoles privés réglementés dominaient le paysage commercial.

Ces nouveaux modèles fonctionnels exercent des pressions sur le secteur des affaires, et l'on voit apparaître des tensions et des points de fracture dans la politique de concurrence. Par exemple, des échanges transfrontières accrus entraînent parfois des pratiques anticoncurrentielles de portée internationale. Il faut donc que les autorités chargées de la concurrence coopèrent davantage les unes avec les autres :

> La coopération internationale est ma priorité absolue. Nous vivons de toute évidence dans un marché nord-américain intégré, qui se mondialisera probablement de plus en plus. Nous ne pouvons pas appliquer la *Loi sur la concurrence* correctement sans bénéficier de la coopération internationale, celle des États-Unis d'abord, mais aussi celle des autres pays. Notre coopération avec eux est excellente au chapitre des affaires criminelles. Nous appliquons la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle* et menons régulièrement des enquêtes conjointes. Nous échangeons des données et avons obtenu de bons résultats contre certains cartels internationaux. Nous n'avons pas le même genre d'échange en matière civile, car la loi américaine ne le permet pas, sauf lorsque la loi canadienne renferme des dispositions de réciprocité. [Konrad von Finckenstein, commissaire à la concurrence, Bureau de la concurrence, 43:10:25]

---

2 Les investissements liés à l'ordinateur, qui ont augmenté de 64,2 % en chiffres réels entre 1992 et 1995 dans le secteur des services, ont représenté pas moins de 55 % de tous les investissements faits par le secteur des entreprises de services; voir Centre d'étude du niveau de vie, *La productivité : secret de la réussite économique*, mars 1998, p. 32.

3 Les magasins à grande surface sont devenus une force importante du commerce de détail, avec la production « juste à temps » et les nouveaux systèmes d'inventaire et de livraison, tandis que l'Internet a pour effet, dans certains cas et entre autres choses, de circonvenir complètement la vente au détail.

4 Selon Daniel Treffler, la productivité s'est accrue de 0,6 % par année entre 1988 et 1995 dans les industries qui ont profité d'abaissements tarifaires moyens, et de 1,5 % par année dans celles qui ont bénéficié d'abaissements importants; voir Treffler, Daniel, « Does Canada Need A Productivity Budget? », *Policy Options*, 20 juillet 1999, p. 69.

Toutefois, ce ne sera pas une tâche facile. Dans les affaires civiles, les enjeux de confidentialité sont beaucoup plus importants :

> Les considérations à prendre en compte dans des affaires pénales ne sont pas les mêmes que dans les affaires relevant du droit civil, du droit administratif ou du droit de la concurrence. Dans les affaires pénales, on examine généralement ce qui s'est passé un an avant, ou même, lorsqu'il s'agit de gros cartels, ce qui s'est passé 10 ou 15 ans avant. Souvent, il s'agit d'informations qui ne sont pas particulièrement délicates du point de vue de la concurrence. Cela peut arriver, mais pas toujours. On reconstitue le passé, alors que dans les affaires civiles, les cas d'abus de position dominante, les fusionnements en particulier, on parle de l'avenir, et les informations dont le Bureau a besoin pour enquêter sur ces affaires et évaluer correctement les dossiers sont des informations courantes, qui touchent l'actualité des entreprises : leurs plans d'entreprise, leurs capacités, leurs programmes de R-D et l'élaboration de leurs produits. Ce sont des informations beaucoup plus délicates que les données concernant leur part de marché et leur production en 1983. [Milos Barutciski, Davies, Ward & Beck, 50:9:45]

La plupart des différends de nature civile, au Canada du moins, sont résolus rapidement et efficacement grâce à la « négociation informée », ingrédient vital pour que le processus soit fructueux et productif. Les sociétés doivent être certaines de pouvoir confier les faits au Bureau de la concurrence en toute confiance, étant entendu que ces renseignements ne seront pas révélés à leur détriment dans un contexte parfaitement légitime. Les choses se compliquent lorsqu'il faut traiter avec l'autorité chargée de la concurrence dans un pays étranger :

> Vous jugerez donc peut-être bon d'inclure dans le texte du projet de loi une mention stipulant que, si nous coopérons avec un autre pays, il doit s'agir d'un pays dont le droit de la concurrence correspond à peu près à ce que nous appelons « droit de la concurrence », et non pas à quelque chose de complètement différent — une politique de promotion de l'industrie nationale sous couvert de droit de la concurrence. Parmi les 80 et quelques lois sur la concurrence en vigueur dans le monde, je pourrais vous en citer plusieurs qui constituent surtout des moyens de favoriser une politique industrielle et de privilégier des industries nationales en les avantageant au détriment des concurrents étrangers, plutôt que de véritables lois sur la concurrence destinées à garantir une concurrence authentique. [Milos Barutciski, 50:9:45]

Une économie qui a la connaissance pour fondement et l'innovation pour moteur est une économie dynamique, caractérisée par la multitude de ses nouveaux produits, moyens technologiques et procédés de production, voire par de nouvelles industries. Les obstacles à l'accès qui protégeaient les industries plus anciennes peuvent être abaissés, et la concurrence peut parfois s'épanouir là où elle n'avait jamais existé auparavant. La position dominante sur un marché semble également être de plus courte durée que jamais. Toutefois, dans tous les secteurs, le changement technologique fait apparemment baisser les coûts de production. Il en résulte que la structure des coûts affiche souvent des rendements d'échelle croissants plus importants (une structure de coût qui tend vers des coûts à l'unité déclinants ou vers des coûts marginaux nuls à mesure que la production augmente). Les allégations de pratiques abusives risquent d'augmenter dans ce nouveau contexte, et les dispositions de la *Loi sur la concurrence* feront l'objet de pressions et d'examens plus nombreux. Des témoins ont rappelé au

Comité les avantages qui découlent de l'innovation organisationnelle et de l'application du critère approprié en matière de concurrence :

> Nous avons tendance à oublier l'innovation organisationnelle, qui est pourtant très importante. Nous pensons à l'innovation en termes de produits ou de procédés nouveaux, mais parfois c'est la forme d'organisation qui est de type nouveau. Au bout du compte, il faut se demander si le consommateur va en profiter. S'il est lésé parce que la chaîne d'épicerie jouissant d'une position dominante force la main des fournisseurs et leur dit de n'approvisionner personne d'autre, nous nous devons d'intervenir, car il faut que les règles du jeu soient les mêmes pour tous et que l'épicier indépendant puisse exercer sa concurrence. Toutefois, lorsque les règles du jeu sont les mêmes et qu'une forme d'organisation perd du terrain... Il ne reste pas beaucoup de forgerons, et je ne pense pas qu'il soit dans notre intérêt de les protéger. [Lawson Hunter, Blake, Cassels & Graydon, 46:10:15]

Les produits nouveaux font souvent l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Il y a là une interface qui mérite d'être examinée de plus près :

> [...L]es droits sur la propriété intellectuelle deviennent de plus en plus importants. Par définition, ils limitent l'utilisation d'un bien. Nous avons évoqué dans les lignes directrices la façon dont interagissent le régime de la propriété intellectuelle et le régime de la concurrence, parce qu'il [...] semble que c'est là un problème qui va se présenter de plus en plus souvent. [Konrad von Finckenstein, 43:10:25]

Les interfaces entre les politiques sur la propriété intellectuelle et sur la concurrence sont complexes aussi bien dans la théorie que dans la pratique; toutefois, il importe de distinguer nettement les comportements qui favorisent la concurrence de ceux qui la gênent.

> Les lois en matière de propriété intellectuelle ont dans l'ensemble deux raisons d'être. D'abord, elles vous confèrent un droit de propriété sur vos idées, pour que vous puissiez les commercialiser et les financer. Comme c'est vous qui avez fait le travail intellectuel, c'est vous qui devez pouvoir en profiter. C'est là essentiellement le principe. Ce droit de propriété vous est conféré pour une durée limitée, après quoi votre idée tombe dans le domaine public. La période de protection varie selon le bien intellectuel dont il est question. Toutefois, disposer de ce qui constitue essentiellement un monopole d'une durée limitée ne vous donne pas le droit d'en abuser. [...] La première chose que nous examinons, c'est la façon dont vous commercialisez votre idée, la façon dont vous consentez des permis d'utilisation (chose que vous pouvez faire). Nous veillons à ce que vous ne cédiez pas vos permis d'une manière qui équivaudrait à vous imposer sur d'autres marchés et à profiter d'un avantage déloyal n'ayant rien à voir avec votre invention. Comme vous êtes le propriétaire de cette invention et que les gens veulent l'utiliser, ils sont disposés à en payer le prix. Voilà pour ce qui touche à la question du levier inéquitable. D'autre part, dans quelques rares cas nous estimons que, parce que votre invention est la clé d'un marché plus important et que vous refusez de la partager avec qui que ce soit, vous entravez le développement général. En réalité, vous avez causé des ravages dans l'économie canadienne. Essentiellement, vous avez abusé de votre pouvoir. Il est normal que vous profitiez de votre invention et ainsi de suite, mais il faut le faire de manière équitable. [Konrad von Finckenstein, 43:10:55]

Les progrès économiques entraînent également de nouveaux défis pour l'autorité chargée de la concurrence. Par exemple, il faudrait que nous remettions en cause l'horizon de deux ans que se donne le Bureau de la concurrence dans l'examen des fusionnements et d'autres questions :

> Je suis préoccupé par le fait que le droit actuel n'accorde pas suffisamment d'importance à l'innovation. De concert avec le Bureau, nous devons donner, soit dans la loi, soit dans les règlements, davantage d'importance à l'innovation au sein des marchés, et cela est souvent un facteur dans la question de savoir combien de temps allouer aux changements susceptibles de se produire sur le marché. Pour le Bureau, c'est généralement deux ans. Dans certains secteurs, selon moi, il se peut que ce soit trop long. Dans d'autres, ce pourrait bien être très suffisant. Toutefois, je ne suis pas sûr que l'innovation soit bien prise en compte dans la loi pour l'instant. [Lawson Hunter, 46:9:30]

Toutefois, il importe de nuancer :

> C'est l'une des difficultés inhérentes à l'analyse des fusionnements, contrairement à certaines pratiques abusives pour lesquelles il existe un historique ou des faits tangibles auxquels on peut se reporter. Avec le fusionnement, on essaie de prédire ce qui va se produire par suite du changement dans la structure du marché. Cela peut être très difficile. Je peux comprendre que le Bureau ne veuille pas se prononcer sur un avenir trop lointain, mais, dans certains cas, cela peut faire pencher la balance des préoccupations d'un côté plutôt que de l'autre. Toutes sortes d'évolutions de la concurrence sont susceptibles de se produire dans deux ans et demi, ou encore dans trois ou quatre ans. Mais on ne tient pas compte de ces possibilités, ce qui n'est probablement pas très sage. [Donald McFetridge, Université Carleton, 44:10:10]

De plus, compte tenu de l'effet révolutionnaire des microprocesseurs et des technologies de l'information sur l'économie actuelle, l'existence de nombreux réseaux d'utilisateurs exige que l'on s'entende sur des normes; toutefois, une économie fondée sur les réseaux pose sa propre série de problèmes pour la concurrence et pour l'autorité chargée de la concurrence :

> La nouvelle économie comporte plusieurs caractéristiques fort préoccupantes. En fait, c'est une économie de réseaux. Et celui qui contrôle un réseau peut abuser de sa position dominante. Ou bien il y a plusieurs réseaux, etc. La nouvelle économie crée énormément d'interrelations et d'interdépendances, et on peut se demander comment assurer la concurrence dans ce contexte. [Konrad von Finckenstein, 43:10:25]

La tâche est gigantesque.

Interaction entre la concurrence et la politique de concurrence

L'interaction entre la concurrence, d'une part, et la politique et le droit de la concurrence, d'autre part, est une question intéressante. D'entrée de jeu, les témoins ont affirmé que « la concurrence n'est qu'un moyen pour parvenir à une fin. Si la concurrence existe, c'est pour offrir aux gens les meilleurs produits aux meilleurs prix » [Donald McFetridge, 44:10:25]. Par conséquent « la meilleure protection qu'on puisse offrir aux

consommateurs, c'est un marché libre et ouvert, où il y a le moins d'obstacles possible à la pénétration de nouveaux concurrents, qu'importe le type d'obstacles ». [Donald McFetridge, 44:10:25]. Toutefois, une concurrence sans entraves n'est pas suffisante. Il faut instaurer une politique complémentaire là où, en raison des obstacles technologiques ou réglementaires, la concurrence n'arrive pas à s'épanouir automatiquement et immédiatement.

S'il est vrai que la concurrence et la politique de concurrence sont complémentaires, elles ne sont pas des substituts parfaits lorsque surviennent les obstacles réglementaires :

> Je pense [qu'elles] se complètent, et c'est ainsi que nous devrions les envisager. [Elles] vont de pair. Vous avez tout à fait raison. Si le Canada avait une politique différente en matière de cabotage ou si nous n'avions pas les mêmes restrictions interprovinciales sur les quotas de lait de transformation, il serait plus facile de composer avec des fusionnements dans l'industrie laitière ou l'industrie du transport aérien. Cependant, ces politiques ne remplacent pas toujours complètement la *Loi sur la concurrence*. [Margaret Sanderson, Charles River Associates Canada Limited, 48:11:05]

De fait, certaines politiques gouvernementales, que ce soit délibérément ou par inadvertance, restreignent la concurrence, et dans de telles situations :

> Il y a de nombreuses façons de favoriser une plus grande concurrence. [...] Souvent le gouvernement adopte plusieurs restrictions réglementaires pour des motifs différents. L'un des résultats, qu'il soit délibéré ou non, est de restreindre la concurrence. Cela dit, il n'en reste pas moins que nous avons besoin d'une bonne loi solide sur la concurrence, une loi qui puisse être le cadre légal en vertu duquel doit fonctionner l'entreprise. [Margaret Sanderson, 48:11:05]

Quant à la politique de concurrence, elle peut au mieux jouer le rôle d'un correctif partiel, par exemple :

> Si on limite les échanges interprovinciaux, on cause des problèmes en aval, au niveau de la transformation. On peut ouvrir la porte à un monopole, non pas faute de concurrents éventuels [...] mais parce qu'un règlement leur interdit de se livrer concurrence. [...] Une réglementation qui empêche un concurrent d'accéder à un marché, que ce marché soit provincial ou national, est contraire à l'esprit de concurrence, et les lois et les politiques adoptées en matière de concurrence ne peuvent parfois pas faire grand-chose pour corriger cela. [...] La politique de concurrence peut n'être qu'une façade et ne pas pouvoir corriger la réduction de la concurrence qui a été prévue pour d'autres raisons. [Donald McFetridge, 44:10:15]

Dans un tel cas, « la *Loi sur la concurrence* ne suffit pas à elle seule à assurer la vitalité de la concurrence. [...] À l'occasion, la *Loi sur la concurrence* peut servir à compenser certains des effets négatifs de ce genre de restrictions. Toutefois, ce qui arrive plus fréquemment, c'est qu'elle n'y parvient pas. En effet, lorsque l'on tente de dénaturer la *Loi sur la concurrence* pour qu'elle tienne compte de règlements anticoncurrentiels, cela a plus souvent qu'autrement pour effet de corrompre la première. De mauvais règlements sur la concurrence entraînent une mauvaise loi sur la concurrence » [Donald McFetridge, 44:9:05].

Cette interdépendance joue également dans l'autre sens, lorsque les gouvernements adoptent des politiques qui, délibérément ou par ricochet, favorisent la concurrence. Par exemple, la libéralisation des échanges réalisée grâce à l'ALE, lequel a été suivi de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), a eu des effets bénéfiques non seulement en matière de commerce, mais également en matière de concurrence.

Dispositions conflictuelles et dispositions complémentaires de la *Loi sur la concurrence*

L'objectif ultime de la *Loi sur la concurrence* est de protéger et de favoriser le processus concurrentiel et non pas, comme l'ont souligné les témoins à maintes reprises, de protéger les concurrents, individuellement ou en groupe :

> Protéger la concurrence, ce n'est pas la même chose que de protéger les concurrents pris individuellement. [...] Une loi sur la concurrence ne doit pas servir à protéger les concurrents pris individuellement ou à donner quelque avantage à l'un, à l'autre ou à une catégorie d'entre eux, et la *Loi sur la concurrence* ne doit pas non plus servir des objectifs politiques ou sociaux. Néanmoins, si on permet la libre concurrence, il est probable que les résultats correspondront justement à ce que souhaitaient les gouvernements, à savoir une meilleure efficience et de meilleures perspectives économiques. L'histoire le prouve. [Donald McFetridge, 44:9:05]

Compte tenu de cette contrainte, tout cadre de concurrence, pour bien servir le consommateur sur le plan de son bien-être et de sa situation économique, doit impliquer une analyse économique aussi à jour que possible. Il reste néanmoins une marge de manœuvre considérable en ce qui concerne le cadre, aucune solution choisie à cet égard ne pouvant être qualifiée d'idéale. L'ensemble des dispositions contenues dans telle ou telle loi sur la concurrence offre généralement un reflet de la culture, des habitudes commerciales, des antécédents juridiques, des philosophies politiques, ainsi que des caractéristiques géographiques et démographiques du pays.

Par exemple, l'Agence antitrust des États-Unis, la Federal Trade Commission, est habilitée à attaquer les fusionnements à des niveaux beaucoup plus faibles de concentration industrielle que le Bureau canadien de la concurrence. Pourquoi? Parce que l'économie américaine étant beaucoup plus importante, les entreprises courent des risques moindres de ne pas réaliser d'économies d'échelle et d'autres types d'économies liées à la taille et à la portée de leurs activités. Qui plus est, la législation canadienne en matière de concurrence nous distingue des autres pays du fait qu'elle prend probablement mieux en compte l'efficience du fusionnement envisagé. En effet, les dispositions législatives canadiennes exigent expressément que l'examen fasse la comparaison entre le risque que le fusionnement « empêche ou diminue la concurrence » et les éventuels « gains en efficience », le projet devant être jugé acceptable ou non, selon que l'un ou l'autre des deux effets s'avère le plus probable. Cette disposition est beaucoup plus généreuse que la disposition correspondante aux

États-Unis, où les gains d'efficience découlant du fusionnement doivent être assez grands pour n'entraîner aucune hausse de prix.

S'il est vrai que l'économie canadienne, beaucoup plus petite, dicte un cadre d'application moins sévère que celui qui existe aux États-Unis, cela ne signifie toutefois pas que la politique de concurrence du Canada suppose moins de vigilance que celle des États-Unis. Les points faibles du processus d'examen des fusionnements peuvent être compensés ailleurs, par exemple, en mettant en place des interdictions plus strictes en ce qui concerne les pratiques abusives comme la fixation des prix, la restriction du marché ou l'abus de position dominante. Bien entendu, il importe de soupeser soigneusement les facteurs.

D'ailleurs, l'équilibre voulu peut s'avérer fort subtil. Citons en exemple une situation récente où cette subtilité à l'étape de l'application n'a pas cessé de préoccuper le public pendant près d'une décennie.

> On n'a pas prêté un intérêt suffisant à cette question lorsque l'industrie du raffinage pétrolier s'est regroupée. [...] Le Bureau a autorisé les fusions, et c'est de là que viennent, à mon avis, les problèmes actuels dans ce secteur. L'approvisionnement n'était tout simplement pas suffisant. On s'est dit qu'il viendrait de l'autre côté de la frontière, mais en fait cela n'avait guère de chances de se produire. Il est donc nécessaire de prévoir l'avenir. En effet, selon moi, le problème a peut-être été aggravé par certaines décisions passées. [Lawson Hunter, 46:10:00]

Si cette opinion est juste, cela signifie que la structure organisationnelle de l'industrie pétrolière en aval présente un problème de concurrence, un problème que les dispositions concernant la fixation abusive des prix ne peut pratiquement pas résoudre :

> Il se trouve que ce produit est très homogène. Il n'y a pas de différence entre l'essence d'Esso et celle de Shell. C'est purement une question de prix. Il n'existe aucune différence, quelle qu'elle soit, entre les produits. Ce n'est donc qu'une affaire de prix, et le prix monte. Par ailleurs, cette industrie affiche ses prix ouvertement. L'information qui circule dans l'industrie est à la portée de tout le monde. Les compagnies n'ont donc aucun problème à agir à l'unisson, et c'est ce qu'elles font. C'est du parallélisme conscient. Les marges des détaillants sont relativement modestes. Si une occasion de hausser le prix et d'accroître sa marge se présente à quelqu'un et qu'il la saisit, tout le monde suit. Les consommateurs observent ce qui se passe et se disent qu'il doit y avoir collusion. Jusqu'à présent, nous n'en avons découvert aucune. [...] Malgré une longue enquête, des millions de dollars dépensés pour consulter des milliers de documents, assermenter des gens, rechercher et saisir des documents, etc. [Konrad von Finckenstein, 43:10:00]

Le Comité n'est pas en mesure de valider cette hypothèse, mais le simple fait qu'elle soit possible confirme qu'il importe d'établir le cadre de concurrence qui convient; un cadre qui soit adapté aux circonstances économiques particulières du Canada.

La législation, les lignes directrices et leur application

Le Comité estime que sa principale mission, en plus d'étudier les dispositions de la *Loi sur la concurrence* c'est de se demander si la politique canadienne de concurrence tient compte d'une analyse moderne de l'économie, si elle est claire et transparente pour la communauté des gens d'affaires et si elle est bien appliquée. Pour la plupart des témoins, la *Loi sur la concurrence* est une bonne loi. Voici un avis représentatif : « Je considère que de manière générale il s'agit d'une loi bien structurée, moderne et dont nous pouvons être fiers. Elle est le reflet d'une pensée économique moderne et elle impose une réglementation économique » [Tom Ross, Université de la Colombie-Britannique, 46:9:15]. Pourtant, tous ceux qui louent la *Loi sur la concurrence* comme étant un exemple de réglementation économique moderne y voient aussi des lacunes. Citons, à titre d'exemple, les commentaires suivants sur l'analyse économique de l'examen des fusionnements (aspect de la *Loi* qui, selon la plupart des intervenants, est celui qui demande le moins grand nombre de changements), et sur son interprétation à la fois par le Bureau et par le Tribunal :

> Je crois que le cadre d'analyse des fusionnements, tel qu'il s'exprime dans la *Loi sur la concurrence*, a fait l'objet d'une réflexion préalable considérable. En général, j'estime qu'il est toujours applicable, et je ne trouve pas qu'il ait sérieusement besoin d'être corrigé. Pour ce qui est des facteurs énoncés à l'article 93, qui exigeraient que le Bureau — et ultimement le Tribunal s'il doit se prononcer sur un fusionnement — évalue l'état général de la concurrence sur le marché, y compris la concurrence étrangère, le potentiel d'entrée dans le marché, les changements technologiques, etc., je trouve que la *Loi* est bien rédigée. [...]
>
> On peut vouloir contester un peu l'horizon chronologique que le Bureau s'est imposé. Il s'est donné un horizon de deux ans, en déclarant qu'il n'envisagerait pas ce qui pourrait se passer sur une période plus longue. Cela dit, il est très difficile, lorsqu'on fait une analyse de fusionnement, de faire la moindre évaluation prospective, de faire des prédictions sérieuses sur ce qui se produira dans l'avenir. [...]
>
> Pour ce qui est des gains en efficience prévus à l'article 96 de la *Loi*, même après tout le temps qui s'est écoulé, ce problème-là n'a pas été résolu. Je pense que l'on s'attend à ce que le Tribunal de la concurrence se prononce sur l'interprétation appropriée de l'article 96 lorsqu'il rendra sa décision sur Superior Propane. Cette décision est censée être rendue cet été, et nous verrons, j'imagine, comment le Tribunal entend interpréter l'article 96. C'est alors que nous saurons si cela est conforme aux intentions d'origine du Parlement. [Donald McFetridge, 44:10:10]

En ce qui concerne l'éviction par les prix, une pratique dont le Comité estime qu'elle prendra de l'importance au cours des prochaines années, le professeur VanDuzer a critiqué les lignes directrices d'application du Bureau :

> L'un des problèmes de ces lignes directrices, c'est qu'elles ont été publiées en 1992 et qu'elles ne reflètent pas l'état actuel des connaissances sur les situations où des prix d'éviction peuvent être pratiqués. On a trouvé beaucoup d'indices économiques et d'analyses économiques qui laissent croire qu'une vaste gamme de circonstances pourraient conduire à une stratégie d'éviction, notamment le

> succès qu'une entreprise pourrait avoir lorsqu'elle acquiert la réputation d'être dure dans ses pratiques d'éviction. [Anthony VanDuzer, Université d'Ottawa, 14:15:40]

Le manque de clarté des lignes directrices d'application est un problème, mais les commentaires défavorables sont allés plus loin :

> Notre autre préoccupation a trait au fait que, sur le plan de l'application, au cours des cinq années qui ont fait l'objet de l'examen, on a enregistré 382 plaintes pour éviction par les prix, mais qu'aucune mesure corrective officielle n'a été prise et que le nombre de cas réglés est demeuré relativement faible. Je crois qu'il faut dire très clairement qu'on ne peut pas tirer de conclusion — et nous n'en tirons pas — sur ce qu'a fait le Bureau en matière d'application. Pour dire que le bilan est bon ou mauvais, il faudrait en savoir plus sur les priorités relatives du Bureau quant à ses autres activités, compte tenu de ses contraintes budgétaires. Nous devons tous reconnaître, je pense, que les procédures judiciaires coûtent très cher. Néanmoins, nous avons des réserves en ce qui concerne l'application de la loi. [Anthony VanDuzer, 14:15:40]

Cette apparente insuffisance dans l'application de la loi nous amène à remettre en question les critères de sélection des cas du Bureau, des critères qui l'incitent à ne pas s'attaquer aux pratiques d'éviction par les prix :

> L'autre aspect de ces critères de sélection des cas qui cause une certaine difficulté ou qui pourrait causer une certaine difficulté dans les cas d'éviction, c'est qu'ils tiennent compte de certaines considérations liées à la gestion — avec raison je pense. Cela signifie qu'on envisage le coût probable associé à l'obtention d'une résolution dans un cas particulier. Si l'on prévoit une procédure de contestation complète qui prendra beaucoup de temps et qui exigera toutes sortes d'éléments de preuve complexes sur le plan économique, on sait que cela coûtera fort cher. Malheureusement, presque toutes les affaires d'éviction correspondent à cette description. [Anthony VanDuzer, 14:15:40]

Pour certains témoins, tous ces problèmes ne proviennent pas des lacunes de la législation, mais d'une insuffisance des ressources allouées au Bureau pour ses activités d'application :

> La *Loi sur la concurrence* [...] traduit toujours une approche équilibrée et moderne du droit de la concurrence. [...] Au cours des dernières années, il a pu y avoir, nous le reconnaissons, un certain nombre de cas où une conduite anticoncurrentielle avérée n'a pas fait l'objet d'un traitement approprié. Selon notre avis respectueux, les problèmes en question provenaient surtout d'un manque de ressources suffisantes pour appliquer la *Loi*, plutôt que de lacunes fondamentales dans la *Loi sur la concurrence*. [...] Si le commissaire à la concurrence disposait de ressources plus grandes pour faire respecter la *Loi sur la concurrence*, rares seraient les cas de conduite anticoncurrentielle qui resteraient intraités. [Paul Crampton, Davies, Ward & Beck, 53:15:35]

D'après certaines interventions, une partie des problèmes entourant l'application de la loi serait attribuable à des facteurs qui échappent à la volonté du Bureau, comme la déréglementation et la libéralisation des secteurs des transports, des télécommunications et de l'énergie. L'accroissement de son financement n'a pas suffi à lui permettre d'assumer les responsabilités que cette évolution a engendrées. S'est

ajouté à cela un deuxième facteur incontrôlable : l'imprévisible vague de fusionnements :

> Au sujet de la charge de travail, disons que nous sommes en train d'assister à une vague de fusionnements sans précédent, à l'échelle mondiale et au Canada. Le nombre de fusionnements a augmenté de façon radicale. Cela ajoute à notre charge de travail. Nous assistons également à de nombreux complots internationaux d'une ampleur jamais vue. Par exemple, les grands producteurs mondiaux de vitamine A se sont concertés et ont conspiré systématiquement pour partager les marchés et fixer les prix. Cela ajoute à notre charge de travail. [Konrad von Finckenstein, 43:9:15]

Selon un témoin, ce problème pourrait être corrigé facilement sans qu'il en coûte au Trésor fédéral :

> La norme actuelle comporte deux seuils. Le premier vise les entreprises convoitées dont les actifs bruts ou les recettes annuelles brutes dépassent les 35 millions de dollars canadiens, et l'autre vise les partis où leurs succursales disposant de biens canadiens ou de recettes annuelles totalisant plus de 400 millions de dollars. Ces niveaux sont les mêmes depuis qu'on les a arrêtés en 1988. Même si c'était la norme que l'on jugeait indiquée à l'époque pour intercepter les fusionnements les plus susceptibles de poser un problème, il y a eu une érosion du tiers de la valeur de ces seuils. [Tim Kennish, Osler, Hoskin & Harcourt, 44:9:40]

> Je crois qu'à tout le moins il faudrait rehausser les seuils et les indexer pour qu'ils correspondent aux niveaux de départ en dollars réels, ce qui permettrait d'éliminer beaucoup de petits fusionnements qui engorgent actuellement le système et empêchent le Bureau d'assurer ses autres responsabilités. [Tim Kennish, 44:9:25]

Le Comité estime lui aussi que les seuils minimaux des fusionnements devant faire l'objet d'un examen méritent peut-être d'être ajustés, de manière à tenir compte de l'inflation survenue au cours de la période 1986-2000. Par ailleurs, le Comité n'est pas du tout certain que ces seuils soient un empêchement à l'application optimale de la *Loi* — d'autres facteurs en sont peut-être davantage responsables. Selon le Comité, il y aurait lieu :

1. **Que le gouvernement du Canada réévalue les seuils minimaux des fusionnements devant faire l'objet d'un examen et, s'il les ne les juge pas appropriés à l'application optimale de la *Loi sur la concurrence*, qu'il envisage de les rectifier en conséquence.**

Outre les avantages économiques engendrés par une concurrence accrue, un témoin a également signalé au Comité les effets bénéfiques pour le Trésor fédéral de l'application des règles antitrust :

> Les amendes recueillies l'an dernier aux termes de la *Loi sur la concurrence* ont dépassé 100 millions de dollars. En revanche, le budget du Bureau pour l'exercice financier 1998-1999 était de 25,3 millions de dollars. Manifestement, il faudrait affecter une partie des sommes générées aux termes de la *Loi sur la concurrence* à l'amélioration de l'application de cette loi. [Paul Crampton, 53:15:35]

Certes, le Comité ne préconise pas de transformer l'application des règles antitrust en activité à but lucratif, mais il lui semble qu'il conviendrait d'envisager d'affecter des ressources supplémentaires au Bureau de la concurrence. Selon le Comité, il y aurait lieu :

2. **Que le gouvernement du Canada fournisse au Bureau de la concurrence les ressources, financières et autres, nécessaires à la bonne application de la *Loi sur la concurrence*.**

Enfin, il existe deux autres variables susceptibles d'influer sur l'application de la loi et qui méritent une étude plus approfondie : le recours des particuliers (dont il est question en détail au chapitre 6) et les amendes. Aucun témoin n'a laissé entendre que l'industrie considérait les amendes comme des droits à acquitter, ou encore une sorte de dépense de fonctionnement comme une autre. Comme l'a déclaré le commissaire à la concurrence : « Les amendes sont très élevées. Ce sont les plus importantes qui aient jamais été imposées de toute l'histoire pénale au Canada. Personne n'a jamais perçu d'amendes du genre de celles que nous avons vues depuis deux ans. En plus, elles ne sont pas déductibles du revenu imposable, donc elles frappent directement le revenu du contrevenant» [Konrad von Finckenstein, 43:11:25]. Citons le commentaire complémentaire suivant concernant la détermination des amendes :

> En fin de compte, bien sûr, ce sont les tribunaux qui déterminent le montant des amendes. Mais lorsque le ministère de la Justice participe à l'évaluation des cas, c'est vrai qu'il recherche l'élément de dissuasion. On considère la valeur du commerce et l'incidence de l'acte sur les entreprises touchées. On analyse aussi le comportement passé de la société. Est-ce relativement nouveau de sa part, ou a-t-elle ce genre de comportement depuis longtemps? Les tribunaux en tiennent compte, et nous aussi, au moment de déterminer la peine. Il ne fait pas de doute que les amendes qui ont été imposées dans ces cas particuliers ont eu un plus grand effet dissuasif qu'elles ne l'auraient eu il y a quelques années, lorsque le montant maximal de l'amende imposable pour le même volume d'activités était d'un million de dollars. Les choses ont beaucoup changé. En fait, vous remarquerez cette tendance tant aux États-Unis qu'au Canada. Notez aussi que, depuis trois ou quatre ans, les amendes sont montées en flèche, les tribunaux étant d'avis que la fixation des prix constitue effectivement une infraction pénale qui doit être prise au sérieux. [Don Mercer, Bureau de la concurrence, 43:11:25]

Le Comité ne voit donc aucune raison de modifier le plafond des amendes imposables à ceux qui violent la *Loi*.

CHAPITRE 2 :

COMPLOTS ET AUTRES ENTENTES HORIZONTALES

L'article 45, qui date de 1889, est une des pierres angulaires de la Loi sur la concurrence. *[Paul Crampton, 53:15:40]*

Aujourd'hui, lorsque les entreprises veulent conjuguer leurs forces, elles peuvent choisir la façon dont elles intègrent ou coordonnent leurs affaires. Toutefois, de nos jours, ces choix sont influencés par le traitement qui sera réservé à la nouvelle entité : sera-t-elle considérée comme le fruit d'un fusionnement, ou sera-t-elle exposée à des sanctions pénales si on juge que la norme a été transgressée? [Tim Kennish, 44 9:15]

La création de deux catégories d'accords entre concurrents, une catégorie pénale qui traite du comportement des grands cartels et une catégorie non pénale qui traite du reste, [...] pourrait éventuellement améliorer la Loi sur la concurrence. *[Paul Crampton, 53:15:40]*

Historique du traitement légal des complots

L'interdiction des ententes horizontales (entre concurrents sur le marché d'un même produit) pour fixer les prix, répartir les marchés et/ou restreindre l'accès d'autres concurrents est l'un des pivots de la loi canadienne antitrust depuis 1889. Pendant la majeure partie de l'existence de cette loi, l'interdiction est demeurée sans effet en raison de la présence du terme « unlawful » et de l'absence d'un organe permanent d'enquête et d'application de la loi. Entre la *Loi des enquêtes sur les coalitions* de 1923 et l'adoption de la *Loi sur la concurrence*, en 1986, l'application de l'interdiction a varié en fonction de l'interprétation juridique qui a été donnée au terme *indûment*. Au cours de cette période, comme on pourrait s'y attendre, plusieurs tentatives infructueuses ont été faites pour débarrasser la *Loi* de ce terme, afin d'en renforcer l'interdiction. À la suite des arrêts *Aetna Insurance* (1977) et *Atlantic Sugar* (1980) de la Cour suprême, la Couronne a été tenue de prouver que les prétendus conspirateurs avaient l'intention à la fois de conclure une entente et de réduire la concurrence *indûment*, une double intention difficile à établir, comme le montre la chute de 90 à 55 % des réussites de la Couronne[5].

La *Loi sur la concurrence* a toutefois changé la donne. Elle prévoit en effet, dans son article 45, que « quiconque complote, se coalise ou conclut un accord ou un arrangement avec une autre personne » pour réduire ou empêcher la concurrence *indûment* commet un acte criminel et encourt une amende ou une peine d'emprisonnement. Cette disposition prévoit une défense pour les ententes horizontales visant l'échange de données statistiques, la définition de normes de produits, la définition des tailles ou des formats des contenants et emballages de produits, l'échange de

5 Stanbury, William, The New Competition Act and Competition Tribunal Act: "Not With A Bang, But A Whimper," *Revue canadienne du droit de commerce*, vol. 12, 1986-87, p. 20.

renseignements sur le crédit, la R-D, la restriction de la réclame ou de la promotion, les mesures tendant à protéger l'environnement, l'adoption du système métrique de poids et mesures. Il existe des défenses spécifiques pour les consortiums d'exportation et les ententes spécialisées. Toutefois, les modifications les plus importantes à la *Loi* découlent des paragraphes 45(2.1) et 45(2.2), qui stipulent que « le tribunal peut déduire l'existence du complot, de l'association d'intérêts, de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle » et qu' « il est nécessaire [...] de prouver que les parties avaient l'intention de participer à ce complot, cette association d'intérêt, cet accord ou cet arrangement, mais qu'il n'est pas nécessaire de prouver que les parties avaient l'intention que le complot, l'association d'intérêt, l'accord ou l'arrangement » aient pour effet de réduire la concurrence *indûment*.

Complot-Alliance Stratégique-Fusion : Un continuum organisationnel

Ce que l'on craint le plus dans la collaboration entre concurrents, c'est que ceux-ci diminuent leur compétitivité en limitant l'offre et en faisant monter les prix (ce qui peut aussi entraîner une qualité et une sélection moindres). Cette pratique, assimilable au cartel, non seulement redistribue clandestinement les recettes (des acheteurs aux vendeurs), ce qui équivaut à une fraude, mais réduit l'efficience économique, car les ressources sont mal employées. Ce genre de monopolisation, parce qu'elle fait obstacle au bien-être économique, est considérée comme un crime contre la société. Les fusionnements et les acquisitions peuvent offrir un moyen différent d'en arriver au même résultat (quoiqu'ils puissent aussi entraîner des efficiences supplémentaires).

La coopération entre concurrents n'entrave pas toujours la concurrence. Un exemple classique est celui des ententes de durée limitée, où les parties conviennent de ne pas se faire concurrence après la vente d'une entreprise, afin de permettre à l'acheteur de profiter de l'écart d'acquisition positif et des ententes sur les normes de produits. Depuis un certain temps toutefois, les entreprises préfèrent constituer des alliances stratégiques, généralement sous la forme d'entreprises conjointes, ce qui suppose une intégration moins poussée que dans un fusionnement en bonne et due forme. Ces ententes horizontales prévoient en général des arrangements formels en matière d'approvisionnement, l'accès à des technologies et à des savoir-faire spécialisés, à des canaux de distribution et à des clientèles (surtout à l'étranger, là où il existe des barrières au commerce), à des capitaux, à un partage des risques ou encore à une collaboration en matière de recherche et de développement. On considère que ce type d'entente engendre des efficiences, en particulier dans les industries réseautées.

Les alliances stratégiques de ce type, s'il est vrai qu'elles sont généralement propices à la concurrence et qu'elles ne restreignent celle-ci que d'une façon accessoire, peuvent être traitées pénalement ou civilement dans la *Loi sur la concurrence* du Canada. L'application de la Loi peut se faire par le truchement d'un procès pénal, aux termes de la disposition sur les complots (article 45) ou d'un procès civil, aux termes des dispositions sur la domination conjointe (article 79) ou sur les fusionnements (article 92). Le choix à cet égard a des conséquences importantes :

> La différence principale entre le traitement au pénal et le traitement au civil est la suivante : le nouveau traitement au civil n'exposerait pas les accords à des amendes ou à des sanctions. De plus, la règle de raison s'appliquerait toujours, ce qui permettrait d'évaluer les avantages favorisant la concurrence, tels qu'une amélioration éventuelle de l'efficience, ce que la loi actuelle ne permet pas. [Tim Kennish, 44:9:10]

De fait, une alliance stratégique pourrait être considérée et traitée comme ce qu'il est convenu d'appeler des « grands cartels » ou des fusionnements douteux :

> Les infractions dites graves sont présumées non rachetables, et l'on considère qu'il ne vaut pas la peine de les étudier pour voir s'il en découlerait des avantages; elles sont donc d'entrée de jeu interdites. Le critère de l'illégalité en soi qui s'applique à ces infractions graves est considéré comme étant simple d'application, ce qui permettrait d'intenter des poursuites beaucoup plus efficaces dans les secteurs qui posent la plus grave menace à la concurrence. [Tim Kennish, 44:9:10]

> C'est toute une différence par rapport à la façon dont on évalue les fusionnements. Ceux-ci sont évalués uniquement au civil, et l'on applique là aussi la règle de raison. Fait intéressant à noter, les fusionnements réussissent beaucoup plus efficacement à éliminer la concurrence entre les parties que les accords entre concurrents visant uniquement à créer une alliance stratégique ou une coentreprise, car ils sont permanents et tendent à éliminer tous les aspects de la concurrence dans le domaine ayant fait l'objet du fusionnement. [Tim Kennish, 44:9:15]

De nombreux témoins, dont le commissaire à la concurrence, reconnaissent que certaines alliances stratégiques propices à la concurrence pourraient, par inadvertance, être englobées dans la catégorie des complots, parmi les ententes horizontales, et que cette possibilité risque de refroidir considérablement les gens d'affaires. Le droit pénal n'est pas l'instrument le plus approprié pour juger ce type d'entente. Au pénal, les tribunaux ne possèdent pas les connaissances spécialisées nécessaires. Les considérations structurelles (parts de marché ou concentration) ont tendance à y dominer l'analyse, qui est plutôt limitée. Les efficiences et l'innovation ne sont aucunement prises en considération, et les sanctions se limitent à des amendes, car les solutions mettant en jeu les comportements ne sont pas possibles. Pour toutes ces raisons :

> Nous devons nous attaquer aux alliances stratégiques et aux dispositions sur les complots qui figurent dans la *Loi sur la concurrence*. À l'heure actuelle, les entreprises canadiennes font de leur mieux pour soutenir la concurrence le plus efficacement possible sur les marchés mondiaux. Certaines nouent des rapports étroits avec d'autres entreprises, afin d'avoir accès à des technologies, de coopérer dans le domaine de la R-D et de réaliser des économies par le biais d'ententes d'approvisionnement et de commercialisation relatives aux nouveaux marchés. La difficulté tient aux dispositions de la *Loi* relatives aux complots, qui interdisent les ententes propres à limiter indûment la concurrence. Or, les alliances stratégiques impliquent souvent des ententes entre concurrents, et les éventuelles sanctions

> pénales sont susceptibles de décourager les entreprises à en conclure. Elles peuvent avoir un effet dissuasif. Toutefois, le droit criminel ne permet pas d'établir une distinction entre un comportement vraiment anticoncurrentiel et un comportement qui est en fait la manifestation d'une saine concurrence. [Konrad von Finckenstein, 43:9:10]

Le Comité a constaté l'existence d'un consensus à ce sujet.

Proposition en vue d'un traitement à deux volets

Seuls quelques témoins ont commenté les dispositions concernant les complots contenues dans la *Loi*. La majorité sont satisfaits du cadre existant en ce qui concerne le pouvoir de marché et le comportement, ainsi que de la jurisprudence associée à ces dispositions. Selon la plupart des commentateurs, l'article 45 tient correctement compte de la pensée économique moderne. Toutefois, on reconnaît que certaines alliances stratégiques propres à améliorer l'efficience pourraient, par inadvertance, être visées par cet article. C'est l'une des raisons pour lesquelles certains témoins ont mis de l'avant une solution à deux volets :

> À notre avis, la *Loi sur la concurrence* se trouverait renforcée si on établissait une distinction plus claire entre un comportement criminel grave, comme l'établissement des prix, comportement qui serait assujetti aux dispositions relatives aux complots, et une entente visant à favoriser la concurrence entre sociétés rivales, entente dont les effets anticoncurrentiels pourraient être mieux évalués en vertu du droit civil. [Konrad von Finckenstein, 43:9:10]

Et :

> Depuis 1990-1991 environ, je préconise [...] une modification de nos lois en ce qui concerne les ententes sur les prix. Il me paraît important de créer deux directions s'occupant des ententes conclues entre concurrents, dont l'une serait habilitée à faire condamner plus facilement ceux qui fixent intentionnellement les prix. Selon la législation actuelle, ces condamnations peuvent être très difficiles à obtenir à cause du terme « indûment », qui peut porter à confusion. Toutefois, je reconnais que d'un autre côté nous devons laisser davantage le champ libre aux alliances stratégiques et aux coentreprises, ces accords complexes de plus en plus fréquents entre des entreprises qui, à certains égards sont concurrentes, mais qui par ailleurs peuvent tirer parti d'une collaboration, et tout le Canada par ricochet. C'est pourquoi, selon moi, il serait bon que la loi prévoie la création de deux directions. [Tom Ross, 46:9:10]

On pourrait pousser plus loin la refonte de la disposition concernant l'abus de position dominante (article 79), de manière à rendre le traitement des alliances stratégiques et des entreprises conjointes comparables au traitement qui est accordé aux fusionnements.

> Tout d'abord, le nouveau paragraphe 79.1, concernant la direction qui s'occuperait des alliances stratégiques et des entreprises conjointes, ne comporte pas de défense visant l'efficience. Il laisse toute discrétion au tribunal. Le texte prévoit que

> le tribunal peut prendre une ordonnance, mais il ne précise pas vraiment sur quel motif il doit se fonder. À notre avis, il conviendrait de considérer ces ententes de la même manière que les fusionnements. Pour ces derniers, nous tenons compte de défenses visant l'efficience. C'est d'ailleurs le principal critère d'analyse, car il faut soupeser l'efficience au regard des obstacles à la concurrence. Parfois les effets anticoncurrence sont relativement réduits par rapport aux avantages que sont susceptibles d'apporter les coentreprises ou les alliances stratégiques. [Tom Ross, 46:9:10]

Le même témoin recommande également la modification des lignes directrices d'application du Bureau : « Comme pour les fusionnements, j'aime le principe d'un garde-fou, mais je préférerais qu'il figure dans les lignes directrices plutôt que dans la loi » [Tom Ross, 46:9:15].

Un autre témoin, bien que convaincu de la nécessité d'une réforme, a été plus catégorique dans ses réserves touchant les modifications envisagées dans le projet de loi C-472 :

> Selon le Bureau de la concurrence, le nouvel article 45 aura pour effet, et je cite, « de créer une interdiction per se visant les accords en vue de fixer les prix, d'attribuer les marchés, de restreindre la production ou l'approvisionnement ou de boycotter des concurrents ». Je doute personnellement, pour plusieurs raisons, que le nouvel article aurait cet effet. Premièrement, l'élément « intention » essentiel à toute disposition de type per se n'est pas clair à mon avis. Je vous invite à vous reporter aux alinéas 5(1)*d*) et *e*) [...]. Deuxièmement, la disposition d'exonération prévue à l'alinéa 45(7)*e*) va directement à l'encontre de l'idée de rendre certains accords entre concurrents illégaux per se, c'est-à-dire indépendamment de leur portée ou de leurs effets. [...] Troisièmement, il n'est pas certain que le nouvel article 45 s'appliquerait aux concurrents possibles. Or il le faudrait, car il est important d'interdire aussi les ententes avec les éventuels concurrents. [William Stanbury, Université de la Colombie-Britannique, 47:15:35]

Le professeur Stanbury a également mis le Comité en garde contre une défense pour motif d'efficience ou tout autre avantage découlant d'une entente. Le Tribunal devrait plutôt insister sur un critère de « diminution importante de la concurrence ».

D'autres témoins encore se sont montrés hésitants dans leur engagement en faveur du changement :

> La modification proposée dans le projet de loi C-472 serait le changement le plus profond apporté à l'article 45 dans ses 111 ans d'existence. Ses retombées sur la politique canadienne en matière de concurrence sont sans doute beaucoup plus importantes que les modifications du projet de loi C-20, qui a fait l'objet de consultations publiques sensiblement plus poussées que celles envisagées pour cette proposition. Il serait très risqué de procéder sans avoir examiné et évalué soigneusement les retombées des modifications potentielles. En effet, les divers comportements coopératifs entièrement légitimes des concurrents de nombreuses industries risqueraient d'être paralysés par d'éventuelles ambiguïtés inhérentes à ces modifications. Réciproquement, nous pourrions réduire par inadvertance les risques associés à certaines pratiques nuisibles qui devraient demeurer assujetties à des sanctions criminelles. [Paul Crampton, 53:15:40]

Étant donné que MM. Ross et Stanbury préconisent des façons de procéder différentes en ce qui concerne le deuxième élément de la proposition à deux volets, l'opinion de M. Crampton rassure le Comité.

Néanmoins, le Comité a été convaincu par les témoins qui sont en faveur du changement. À tous égards, le changement s'est fait trop longtemps attendre. Les dispositions sur les complots de la *Loi sur la concurrence* doivent être refondues de manière à prendre en compte les tendances des entreprises modernes à former des alliances stratégiques et des entreprises conjointes, circonstances pour lesquelles la *Loi* actuelle est inutilement restrictive, tout en étant exagérément restrictive dans les cas de comportements qui font nettement entrave à la concurrence. Pour l'instant, le Comité hésite à proposer telle ou telle modification précise. Selon lui toutefois, il y aurait lieu :

3. **Qu'après avoir consulté les intéressés, le gouvernement du Canada songe à traiter les ententes entre concurrents selon une méthode à deux volets. Le premier volet envisagé serait fondé sur la disposition concernant les complots (article 45) de la Loi sur la concurrence et porterait sur les ententes conclues expressément pour réduire la concurrence en diminuant la production et en haussant les prix (grands cartels). Quant au deuxième volet, issu d'une modification de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79) de la *Loi sur la concurrence*, il concernerait tous les autres types d'ententes entre concurrents dans lesquelles les entraves à la concurrence sont secondaires.**

Afin de réduire le fardeau de la preuve qui incombe à la Couronne dans le cas des complots graves, le Comité est convaincu qu'une étude plus poussée s'impose. Selon lui, il y aurait lieu :

4. **Qu'après consultation avec les intéressés, le gouvernement du Canada étudie les conséquences d'une éventuelle suppression du terme « indûment » contenue dans la disposition sur les complots (article 45) de la *Loi sur la concurrence*.**

Pour qu'une alliance stratégique puisse être traitée de la même manière qu'un fusionnement, il faudrait que la disposition sur l'abus de position dominante (article 79) soit modifiée de manière à prévoir une défense explicite fondée sur l'efficience, laquelle serait évaluée au regard des effets anticoncurrentiels de cette alliance. Il faudrait en outre ajouter une disposition « de refuge » dans les lignes directrices d'application. D'un autre côté, pour faire en sorte que l'alliance stratégique soit traitée comme toute autre conduite anticoncurrentielle examinée aux termes de cette disposition, la disposition concernant l'abus de position dominante (article 79) devrait être modifiée de manière à prévoir un critère de réduction considérable de la concurrence. Nous nous trouvons donc devant un conflit en ce qui concerne le continuum complot-alliance stratégique-fusionnement.

Le Comité reconnaît qu'il n'est pas en mesure de choisir entre l'une et l'autre des deux solutions avancées. Selon lui, il y aurait lieu :

5. **Que le gouvernement du Canada entreprenne une analyse économique et juridique complète des diverses façons possibles de modifier la disposition sur l'abus de position dominante (article 79) de la *Loi sur la concurrence*, en vue d'y prévoir soit un critère visant à considérer si l'entente entre concurrents est de nature à « réduire sensiblement la concurrence » soit une défense expresse selon laquelle les efficiences produites seraient soupesées au regard des effets anticoncurrentiels des ententes.**

CHAPITRE 3 :

PRIX D'ÉVICTION ET PRATIQUES ABUSIVES

Il est de même souhaitable que les dispositions de la Loi *sur les prix d'éviction soient décriminalisées. Il me semble que le droit civil permet plus facilement d'évaluer les effets concurrentiels d'un comportement audacieux de fixation des prix, dans la mesure où ces prix audacieux ne transgressent pas la norme et peuvent donc être bénéfiques aux consommateurs. [Tim Kennish, 44:9:30]*

[J]'appuie la décriminalisation [de l'] article [...] 50 [...]. Je souscris également à la proposition de limiter [son] application aux situations dans lesquelles la concurrence pourrait être substantiellement diminuée. [Donald McFetridge, 44:9:10]

La définition des pratiques abusives et le critère du coût

Il y a pratique abusive lorsqu'une entreprise abaisse ses prix ou accroît sa production ou sa capacité temporairement à la seule fin de décourager de nouveaux concurrents de s'implanter sur le marché ou d'évincer ou de pénaliser des concurrents. Dans les trois cas, le prédateur encourt des pertes temporaires qu'il compte bien, au minimum, récupérer en augmentant ses prix plus tard. La plupart des économistes estiment que ce type de pratique était extrêmement rare avant les années 80 parce qu'ils considèrent que les obstacles à l'entrée sur la plupart des marchés étaient faibles. Par conséquent, l'accès au marché étant facile, il aurait été d'après eux difficile à une entreprise d'imposer les prix élevés nécessaires pour compenser les pertes subies. En outre, cette tactique est très coûteuse parce que la proie sait fort bien que le prédateur paie cher le financement de ses pertes. En fait, la perspective de gains futurs peut suffire à convaincre une proie d'essayer de tenir le coup (là où les marchés financiers fonctionnent bien), ne serait-ce que pour profiter de l'éventualité où le prédateur lui ferait une offre d'achat. Ce n'est que dans le cas, extrêmement rare, où le prédateur peut plus facilement que la proie se procurer des capitaux extérieurs qu'une campagne de prix d'éviction peut réussir. Cependant, si l'objectif visé est de prendre le monopole sur un marché, une prise de contrôle ou une fusion seraient des solutions encore plus efficaces. Or, des analyses économiques récentes permettent de douter de cette théorie qui a cours depuis longtemps et donnent à penser que les pratiques abusives sont en fait peut-être plus fréquentes qu'on le pensait jusqu'ici.

Je ne suis pas d'accord avec certains de mes collègues économistes. D'après moi, l'imposition de prix abusifs n'est pas un phénomène rare, ce qui était l'opinion générale des économistes spécialisés dans les affaires antitrust jusqu'à, disons, il y a cinq ou dix ans. À mon avis, l'imposition de prix abusifs est courante, même si elle n'est pas fréquente, dans le commerce. [Roger Ware, Université Queen's, 52:9:45]

On a dit au Comité que, si la définition de comportement abusif et de prix d'éviction apparaît simple à première vue, ces pratiques sont difficiles à vérifier dans la pratique. Cet exemple récent en témoigne :

> Un prix d'éviction, essentiellement, c'est vendre sous le coût de revient, dans des conditions où cela n'est financièrement justifiable pour le prédateur que si, un jour prochain, il peut augmenter ses prix et récupérer ses pertes. Les conditions nécessaires sont telles que le prédateur doit disposer d'un certain contrôle du marché, premièrement, et deuxièmement il doit y avoir des obstacles suffisamment élevés à l'entrée au marché, de telle sorte que le prédateur, ayant subséquemment terrassé son rival — soit en l'écartant du marché, soit en l'écrasant tout simplement — peut alors augmenter ses prix à l'avenir. S'il n'y a pas d'obstacle à l'entrée au marché, il ne peut pas augmenter ses prix, parce que s'il le fait, de nouveaux arrivants vont l'envahir et ramener les prix à un niveau concurrentiel.
>
> Telles sont les conditions nécessaires pour que l'on puisse parler de prix d'éviction. C'est essentiellement ce dont il s'agit. Maintenant cela devient compliqué. Cela devient compliqué lorsque dans plusieurs industries tertiaires, et l'industrie aérienne est l'une d'entre elles, le coût marginal à très court terme est près de zéro. J'ai analysé cela. Si vous prenez l'exemple des vols transcontinentaux pour Air Canada ou les Lignes aériennes Canadien International, une fois qu'elles ont établi un horaire, comme c'est le cas à tous les trimestres, et qu'il y a un siège vacant, elles devraient accepter toute personne qui est disposée à payer plus de 40 $ ou 50 $, parce que ce montant couvre la manutention supplémentaire des bagages, la commission, un peu de carburant et un repas.
>
> Cela dit, au tarif le plus bas, comme le dernier que j'ai eu, on demande, je crois, quelque chose comme 399 $. C'est très bas comparativement au plein tarif classe économique, qui dépasse de beaucoup les 2 000 $, mais cela dépasse encore largement le coût à très court terme. [...] Cela signifie que lorsque vous avez ce genre de situation, le concurrent qui dispose des plus gros moyens... Comme je l'ai dit, s'il s'agit d'une épreuve d'endurance, c'est la personne qui a le plus de réserves qui va survivre, et l'autre s'effondrera, et tout sera fini. [William Stanbury, 47:16:05]

À cause de cette très grande latitude dans l'établissement des prix des services où le coût marginal peut tendre vers zéro, il est extrêmement difficile de distinguer des prix d'éviction d'une concurrence vigoureuse au niveau des prix. Dans le cas des biens périssables dont le coût marginal est souvent très proche de zéro, « la vente de stocks de biens périssables à des prix situés en deçà du coût de revient est parfaitement légitime. C'est pour cette raison qu'il est si difficile de se prononcer » [Roger Ware, 52:10:00]. En outre, la pensée moderne conteste même l'utilisation du concept du coût marginal, difficile à définir, pour déterminer l'existence de prix d'éviction.

> L'établissement d'un prix d'éviction est rare et très difficile à repérer parce que les bas prix sont le secret de la concurrence. Qu'est-ce qui distingue un prix déraisonnablement bas au sens de l'alinéa 50(1)c) d'un prix compétitif? Une bonne façon de mesurer l'établissement d'un prix d'éviction est d'établir les coûts. Le professeur VanDuzer déclare que les économistes conviennent en général que les prix inférieurs au coût marginal imposés par une firme dominante tendent à être abusifs. La lecture des lignes directrices sur l'établissement d'un prix abusif semble confirmer cela. Je pense que c'est faux.

> Je dirais qu'il y a des exemples d'établissement de prix abusifs, mais que le simple fait de pratiquer des prix inférieurs aux coûts marginaux ne suffit pas pour conclure à des prix d'éviction, même dans le cas d'une entreprise se trouvant dans une position dominante. Prenez un exemple, Amazon.com. Cette société a été fondée en 1995 et n'a encore jamais établi un prix supérieur à ses coûts. Elle est toutefois cotée à la Bourse à plus de 20 milliards de dollars. Les prix sont donc inférieurs aux coûts mais on ne considère pas cela comme l'établissement de prix abusifs. Grâce à ses faibles prix, elle investit dans une part de marché future sous le couvert de l'avant-gardisme. [Ralph Winter, Université de Toronto, 48:9:20]

L'établissement des prix présente donc un aspect temporel dont on ne tient peut-être pas suffisamment compte dans les critères de coût actuels dont on se sert pour déterminer l'existence de prix d'éviction. En outre, il existe d'autres exemples de prix inférieurs aux coûts qui ne constituent pas des prix d'éviction. On a mentionné par exemple des produits simples comme des rasoirs ou des lames de rasoir ou d'autres produits complémentaires. Apparemment, la vente de rasoirs à un prix inférieur à la mesure comptable de leur coût peut être financièrement logique si elle fait grimper les ventes et finit par accroître ainsi les bénéfices de l'entreprise. Dans un tel cas, ce qu'il importe de comparer au prix courant c'est le coût variable moyen moins la valeur actualisée de l'augmentation future prévue de la marge unitaire brute attribuable à la politique de faible prix. Est-il nécessaire de préciser que, lorsque les enquêteurs auront finalement obtenu cette dernière information, la « proie » aura déjà jeté la serviette. On voit donc que la théorie économique laisse quelque peu à désirer si l'on veut s'en servir comme guide pour les fins de l'application de la loi en matière de prix d'éviction.

Le traitement légal des prix d'éviction

La pratique de prix d'éviction est un acte criminel aux termes de l'alinéa 50(1)*c*) de la *Loi sur la concurrence*. La preuve de l'infraction repose sur plusieurs éléments. Le prédateur présumé doit exploiter une entreprise et se livrer à une politique de vente à des prix déraisonnablement bas. Or, les termes « politique » et « déraisonnablement bas » posent d'épineux problèmes d'interprétation. En ce qui concerne la politique, elle doit répondre à l'une des quatre conditions suivantes : 1) elle a pour effet ou tendance de réduire sensiblement la concurrence; 2) elle a pour effet ou tendance d'éliminer un concurrent; 3) elle est conçue pour réduire sensiblement la concurrence; 4) elle est conçue pour éliminer un concurrent.

Les professeurs VanDuzer et Paquet attestent les nombreux problèmes que pose la disposition actuelle sur les prix d'éviction :

> [L]a pratique de prix d'éviction [...] est, de loin, le comportement anticoncurrentiel le plus difficile à cerner avec des règles appropriées. La disposition de base de la *Loi* prévoit que c'est un acte criminel que de se livrer à une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas [...] Je pense que le principal problème que pose cette disposition, c'est qu'elle est très vague. Rien n'indique clairement ce qu'est un prix déraisonnablement bas. Nous avons eu très peu de cas d'interprétation de cette disposition. C'est donc difficile pour nous d'en comprendre

> le sens exact. En conséquence, il est très difficile d'utiliser cette disposition comme un guide fiable nous permettant de distinguer la concurrence agressive qui entraîne une réduction des prix de la pratique de prix d'éviction. [Anthony VanDuzer, 14:15:40]

On a par conséquent des raisons de s'interroger sur son application et son efficacité :

> L'un des problèmes, c'est qu'elles [les lignes directrices] fixent des conditions très exigeantes. Pour prouver que des prix sont déraisonnablement bas en vertu des lignes directrices, il faut être en mesure d'établir que le présumé prédateur, celui qui est à l'origine de cette campagne de prix très bas, a une puissance commerciale suffisante pour que, à la fin de sa campagne, après soit avoir conduit un concurrent à la faillite, soit lui avoir servi une dure leçon ou l'avoir découragé de se lancer dans ce marché, il puisse porter unilatéralement ses prix à un niveau supérieur à celui qui aurait cours sur un marché concurrentiel pour récupérer toutes les pertes encourues au cours de la campagne de prix d'éviction, avec, évidemment, un profit additionnel. La difficulté que pose ce type de condition, dans la plupart des circonstances, c'est qu'il faut prédire comment le marché réagira. [...] Comme nous le savons tous, [...] il est extrêmement difficile de prouver hors de tout doute raisonnable — c'est la norme en droit criminel — que ces conditions seront remplies. [Anthony VanDuzer, 14:15:40]

D'après la plupart des témoins entendus par le Comité, les dispositions actuelles de la *Loi* sur les prix d'éviction sont désuètes. Le commentaire suivant est représentatif :

> Le fait est que la *Loi*, telle qu'elle est libellée maintenant, remonte à 1935. Elle visait essentiellement à régler le problème des grandes surfaces et des dépanneurs, parlons franchement, et il s'agissait d'alimentation. Eh bien, nous vivons dans un monde aujourd'hui où le gros des ventes et de la production se situe dans le secteur tertiaire, et certaines de ces industries présentent les caractéristiques que j'ai mentionnées, auquel cas cette loi est parfaitement inutile. Il nous faut une nouvelle loi sur les prix d'éviction. [William Stanbury, 47:16:05]

En outre, les dispositions en question ont des effets contraires aux buts recherchés :

> [J]'ai déclaré au sujet de notre loi que certaines de ses dispositions faisaient de l'ombre à celles qui étaient les mieux conçues. Les articles 78 et 79 qui ont trait à l'abus de position dominante donnent de bons résultats, mais les vieilles dispositions des articles 50 et 51 concernant les infractions relatives aux prix, qui n'ont jamais été appliquées, font croire aux gens que tel est l'état du droit dans ce domaine et non les articles 78 et 79. On met donc l'accent [...] sur ces vieilles dispositions verbeuses impossibles à appliquer qu'il conviendrait selon moi d'abroger parce que les gens se rabattraient alors à mon avis sur les dispositions des articles 78 et 79. [Warren Grover, Blake, Cassels & Graydon, 46:10:50]

Enfin, le libellé actuel de la disposition sur les prix d'éviction contrevient à l'esprit général de la *Loi sur la concurrence* dont l'objet est de protéger la concurrence, pas les concurrents :

> Dernier point à ce sujet. Si je ne peux vous convaincre que d'une chose, puisse-t-elle être celle-ci. Il faudrait supprimer quatre mots dans cet article, à savoir les mots « ou éliminer un concurrent ». La politique concernant la concurrence doit protéger la concurrence et non pas protéger les entreprises contre la concurrence

> [...] Aucune société ne devrait être obligée de vendre à un prix suffisamment élevé pour protéger ses rivaux. Le critère selon lequel le prix incriminé doit avoir pour effet de réduire sensiblement la concurrence est suffisant. La protection des sociétés rivales ne devrait pas être un critère. C'est en fait pourtant ce que sous-entendent les mots « ou éliminer un concurrent ».
>
> Cette disposition amène certaines entreprises qui n'ont pas pu soutenir la concurrence à croire qu'elles peuvent se dire victimes de prix d'éviction et porter plainte. Cela mène à des causes frivoles du point de vue économique qui seront finalement rejetées parce que les tribunaux ont de bons exemples d'établissement de prix d'éviction — tout au moins dans le droit américain. Le libellé de la *Loi* est très trompeur, et je suis d'avis qu'il coûte très cher en incitant les sociétés à porter plainte. [Ralph Winter, 48:9:20]

Certains témoins sont d'avis que le problème n'est pas imputable à la *Loi* elle-même, mais à la réticence du commissaire à la concurrence à donner suite aux plaintes légitimes pour prix d'éviction.

> Je tiens à insister sur le fait que ce n'est pas en raison du laxisme de la *Loi* qu'à mon avis on n'a pas intenté avec succès des poursuites au Canada en matière de prix abusifs. Je pense qu'en vertu des dispositions de l'alinéa 50(1)*c*) ou encore de l'article 79, nombre d'affaires auraient pu être intentées avec succès au cours des 20 ou 25 dernières années. S'il n'y a pas eu de répression, c'est en réalité parce que la majorité des économistes, qui exercent une influence sur le Bureau de la concurrence, n'avaient pas le sentiment que les prix abusifs posaient un gros problème. On estimait que les cas étaient extrêmement rares et même pratiquement inexistants. Lisez un manuel d'organisation industrielle d'il y a une dizaine d'années et vous verrez que c'est exactement ce que l'on vous dit. Les conceptions des économistes ont quelque peu changé ces dix dernières années. Il est indéniable qu'un nombre non négligeable d'économistes considèrent aujourd'hui que l'imposition de prix abusifs est tout à fait possible. Je le répète, c'est une pratique qui a cours, mais qui n'est pas fréquente. Toutefois, la montée des activités répressives ne va pas de pair avec l'évolution de l'analyse économique en la matière. [Roger Ware, 52:9:50]

Un bon nombre des experts qui ont comparu devant le Comité recommandent de faire passer les dispositions sur les prix d'éviction de la section de la *Loi* relevant du droit pénal à la section qui relève du droit civil. Le commentaire qui suit est un exemple parmi d'autres :

> Quant aux dispositions s'appliquant aux prix abusifs, j'aime le principe qui consiste à ne plus les faire figurer dans le droit criminel. On pourrait soit les laisser à l'article 79, soit établir une nouvelle disposition civile s'appliquant aux prix abusifs. [Tom Ross, 46:9:20]

Un témoin a fait remarquer que le Tribunal de la concurrence avait déjà confirmé ce fait :

> Je préférerais en fait que l'on supprime purement et simplement l'alinéa 50(1)*c*) et que l'on ait recours à l'article 79 de la *Loi* sur l'abus de position dominante pour réprimer les prix abusifs, parce que je considère de manière générale que les

> dispositions civiles sont un meilleur moyen, plus efficace, de traiter de la plupart des pratiques contraires à la concurrence, celles qui consistent à pratiquer des prix abusifs étant visées par l'article 79 sur l'abus de position dominante. Dans l'affaire NutraSweet [...], où NutraSweet était accusé de pratiquer des prix d'éviction, le Tribunal de la concurrence a rejeté l'allégation tout en reconnaissant qu'il était possible d'intenter un recours pour prix d'éviction en vertu des dispositions de l'article 79 de la *Loi*. [Roger Ware, 52:9:50]

Toutefois, le commissaire à la concurrence, l'Association du barreau canadien et certains membres de la Chambre de commerce du Canada s'opposent à ce projet de changement; ils estiment que le caractère pénal de la disposition décourage davantage les agissements anticoncurrentiels et privilégient l'augmentation des ressources consacrées à l'exécution de la loi. Selon eux, il demeure préférable de disposer de deux niveaux de protection contre les prix d'éviction (l'alinéa 50(1)*c*) et l'article 79).

Le Comité a des réserves quant à cette position, estimant qu'une disposition inutilisée est vouée à la disparition. La jurisprudence n'atteste pas suffisamment l'effet dissuasif de l'alinéa 50(1)*c*). Il faut cependant admettre que le commissaire n'a sans doute pas tort de contester la validité de l'argument voulant que le faible nombre des procès soit une indication du manque d'efficacité de la *Loi*.

> Je vous déconseille de mesurer l'efficacité du Bureau en fonction du nombre de causes portées en justice ou devant le Tribunal de la concurrence. Les causes en bonne et due forme ne sont qu'un élément parmi une série d'instruments utilisés pour encourager le respect de la *Loi*. Le succès se mesure au niveau de la concurrence dans l'économie et non par le nombre d'affaires portées devant les tribunaux. [Konrad von Finckenstein, 9:9:20]

Le Comité ne peut cependant pas faire fi du fait que les dispositions de la *Loi* relatives aux prix d'éviction manquent d'efficacité et ne sont pratiquement pas utilisées (elles ont donné lieu à seulement deux cas non contestés vieux de plus de vingt ans). Il ne peut pas non plus négliger le fait que « [l]a décriminalisation [...] de l'établissement de prix d'éviction [...] faciliterait la mise en application de ces dispositions, puisque la Couronne ne serait plus tenue de se conformer à la charge de la preuve criminelle, laquelle exige que les allégations soient prouvées hors de tout doute raisonnable » [Paul Crampton, 53:15:45]. Le Comité considère que le statu quo est inquiétant.

En fait, la théorie économique relative aux prix d'éviction est truffée de textes complexes et parfois sibyllins que seuls les plus grands spécialistes de la concurrence peuvent démêler. Comme l'a dit un témoin : « Il est si difficile d'établir s'il y a ou non établissement de prix d'éviction que la décision devrait être prise par un tribunal spécialisé et non pas par un simple tribunal » [Ralph Winter, 48:9:20].

Pour toutes ces raisons, le Comité estime nécessaire d'apporter des modifications substantielles au traitement légal des prix d'éviction. Il privilégie une démarche double où la Couronne intenterait des poursuites pour pratiques abusives patentes aux termes des dispositions pénales de la *Loi* et où tous les autres actes abusifs relèveraient des dispositions de la *Loi* portant sur les affaires que le Tribunal peut examiner qui relèvent du droit civil. Selon le Comité, il y aurait lieu :

6. **Qu'après consultation avec les intéressés, le gouvernement du Canada envisage de modifier les alinéas 50(1)*b*) et 50(1)*c*) de la *Loi sur la concurrence* par la substitution des termes « et étant destinée à avoir un semblable effet » aux termes « ou étant destinée à avoir un semblable effet ». Ainsi, la preuve de l'acte criminel exigerait à la fois la démonstration de la « pratique de prix inférieurs » au coût de revient et de l'intention de « réduire la concurrence ou de pénaliser ou d'éliminer un concurrent ».**

Et

7. **Qu'après consultation avec les intéressés, le gouvernement du Canada envisage la possibilité d'insérer une nouvelle disposition sur les prix d'éviction dans la partie de la *Loi sur la concurrence* portant sur les affaires de droit civil, éventuellement à l'article 79 sur l'abus de position dominante. Il serait bon que la disposition en question précise que l'auteur de l'acte incriminé doit jouir d'une « puissance commerciale » et que l'acte doit avoir pour effet de « réduire sensiblement la concurrence ». Il faudrait envisager l'adoption de nouvelles lignes directrices sur les prix d'éviction afférentes à la disposition sur l'abus de position dominante.**

Et

8. **Que le gouvernement du Canada étudie les conséquences qu'aurait le fait de modifier le paragraphe 78(i) afin qu'il se lise ainsi : « le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût variable moyen dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent ».**

CHAPITRE 4 :

MAINTIEN DES PRIX, PRIX À LA LIVRAISON ET REFUS DE VENDRE

En outre, rien ne justifie d'inclure une pratique comme l'imposition des prix, qui n'est pas illégale en soi, dans les dispositions pénales de la Loi. *[Ralph Winter, 48:9:10]*

En ce qui a trait à la concertation verticale sur les prix, il n'existe aucun fondement économique rationnel pour distinguer entre les ententes verticales concernant les prix et les ententes verticales ne concernant pas les prix, puisque les transactions exclusives, les territoires exclusifs, les ventes liées et la limitation du marché mènent souvent à une augmentation des prix, bien que d'une façon qui pourrait, en fait, accroître la concurrence et l'efficacité. Par conséquent, l'élimination de la distinction artificielle dans la Loi *entre les restrictions concernant les prix et les restrictions ne concernant pas les prix est tout à fait logique. [Paul Crampton, 53:15:45]*

[En ce qui concerne le maintien des prix], je recommande [...] que le régime de prix imposé soit retiré des dispositions pénales de la Loi *et qu'on ne le considère plus comme une infraction illégale en soi, mais comme une action dont les conséquences sont jugées en fonction de leur effet sur la concurrence. [Tim Kennish, 44:9:30]*

Maintien des prix

Il y a maintien des prix lorsqu'une entreprise essaie d'établir un prix minimum auquel une autre entreprise située en aval le long de la chaîne de distribution peut vendre son produit. C'est l'une des pratiques restrictives les plus répandues sur le marché. Le maintien des prix de revente peut se faire verticalement, c'est-à-dire entre un grossiste et un détaillant qui revend les produits du fournisseur, ou horizontalement, c'est-à-dire entre concurrents qui conviennent d'imposer un prix de vente aux revendeurs de leurs produits.

Le Comité est conscient du fait que les facteurs économiques qui militent pour l'interdiction du maintien des prix à caractère horizontal sont facilement convaincants. Lorsque des fournisseurs s'entendent pour fixer les prix de revente de leurs produits, cela interdit toute concurrence entre les concurrents situés en aval. Lorsque le prix de revente est le plus visible des deux, le maintien de ce prix peut faciliter la collusion entre fournisseurs. En soustrayant les marges bénéficiaires du niveau de détail et du niveau de gros du prix de détail minimum fixé, les fabricants fixent en fait eux-mêmes le prix de vente de leur produit. On a signalé par ailleurs au Comité que le maintien des prix de vente pouvait faciliter le fonctionnement d'un cartel de détaillants : « [...] autrefois, les pharmacies obligeaient les fabricants dont elles vendaient les produits à imposer un prix de vente au détail. Cette pratique a retardé sinon bloqué l'arrivée sur le marché des pharmacies à prix réduits. Le même phénomène s'est produit dans le secteur de l'épicerie en Europe » [Ralph Winter, 48:9:15].

Depuis 1951, à la suite des recommandations de la Commission MacQuarrie, le maintien des prix est un acte criminel aux termes de l'article 61 de la *Loi*. Il est donc illégal pour toute personne qui exploite une entreprise de « tenter de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise » le prix auquel une personne exploitant une entreprise vend le produit en question « par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable ». En revanche, les demandes, discussions ou suggestions en ce sens sont considérées comme assimilables à l'établissement d'un prix courant proposé et sont autorisées.

Le caractère anticoncurrentiel du maintien des prix dans l'axe vertical est moins évident. Les professeurs VanDuzer et Paquet pensent que cette forme de maintien des prix pourrait avoir des motivations favorables à la concurrence.

> L'exemple classique est celui du fournisseur qui demande au détaillant à qui il vend ses produits de maintenir ses prix à un niveau particulier, de manière à encourager le détaillant à attaquer la concurrence autrement que par les prix, habituellement pour l'amener à offrir un service de grande qualité aux clients ou pour assurer le maintien de l'image de marque associée au produit. Donc, dans la mesure où le maintien des prix peut se justifier pour des raisons d'efficience, l'interdiction prévue par la loi, qui en fait un acte criminel en soi, englobe probablement trop de cas. [Anthony VanDuzer, 14:15:45]

M. Winter a décrit plus en détail le raisonnement du fabricant :

> L'imposition des prix de vente est souvent utilisée comme façon d'encourager les services de toutes sortes au niveau de la vente au détail. Les services peuvent prendre différentes formes; il peut s'agir de conseiller les consommateurs, de prévoir suffisamment d'employés pour que les clients n'aient pas à attendre longtemps devant la caisse, d'organiser les stocks ou même d'être enthousiastes. En somme, les services peuvent comprendre tout ce qu'un détaillant peut faire, à l'exception de l'établissement des prix.
>
> En quoi les prix imposés encouragent-ils ces services? Les prix imposés protègent la marge de vente au détail, c'est-à-dire la différence entre le prix de vente au détail et le prix de vente en gros, prix auquel le détaillant achète le produit. Les prix imposés protègent donc cette marge contre la baisse des prix de vente au détail en raison de la concurrence, de même qu'ils encouragent la prestation de services, car le détaillant peut ainsi accroître le profit par unité en attirant davantage de consommateurs. Cette pratique empêchant les détaillants de se livrer une concurrence en matière de prix, ils rivalisent sur le plan de la prestation de services. [Ralph Winter, 48:9:15]

Cela étant, le Comité se demande pourquoi le fabricant estime nécessaire d'intervenir dans l'établissement des prix de vente par ses distributeurs. On lui a répondu que « dans les conditions assez typiques des marchés de la vente au détail, les détaillants sont portés à se livrer une guerre des prix plutôt qu'à une guerre pour la prestation de services, du moins du point de vue du fabricant. L'imposition des prix est une façon d'essayer de corriger cette situation; [...] Du point de vue du consommateur, l'imposition des prix se traduit par une augmentation des services, ce qui est à son avantage, contrairement à l'augmentation des prix » [Ralph Winter, 48:9:15]. Cette réponse amène tout de suite la question de savoir qui, du fabricant ou du détaillant, doit l'emporter en cas

de désaccord au sujet du prix de détail. M. Winter et d'autres experts en droit de la concurrence se rangent dans le camp des fabricants :

> Dans l'ensemble, je dirais que les décisions concernant la façon de commercialiser un produit, de concevoir un système de distribution devraient être laissées au fabricant. Interdire de fixer le prix de revente en invoquant une règle de l'illégalité en soi revient en fait à réglementer les décisions du fabricant quant à l'optimisation de la vente de ses produits. Nous n'interdisons pas de faire beaucoup de publicité, même lorsque la publicité pousse les prix à la hausse, et il n'y a pas de raison non plus de faire des prix imposés un acte illégal en soi. [Ralph Winter, 48:9:15]

Les professeurs VanDuzer et Paquet sont du même avis : « La seule chose qui nous inquiète, c'est que, dans certaines circonstances, du moins, elle est un peu générale, dans le sens que, économiquement, il existe [certains cas] où cette pratique se justifie pour des raisons d'efficience » [Anthony VanDuzer, 14:15:45].

À en juger par le témoignage de MM. VanDuzer et Paquet, le Bureau de la concurrence est sensible à ces considérations et se montre moins porté qu'avant à intenter des poursuites à ce sujet.

> Le maintien des prix est un acte criminel en vertu de la loi. [Il y a eu] un grand nombre de poursuites dans le passé, même s'il y en a moins eu au cours de la période qui a fait l'objet de notre examen, soit la période de cinq ans se terminant le 31 mars 1999. Cette diminution du nombre de poursuites s'explique du fait que le Bureau a [...] choisi d'autres solutions de rechange, [ce] qui est en général un moyen bien moins coûteux de s'assurer du respect de la *Loi*, par rapport à un procès en bonne et due forme. Cette disposition a donc été très utile. [Anthony VanDuzer, 14:15:45]

Se pourrait-il aussi que l'alourdissement de la charge de travail du Bureau force celui-ci à rationaliser ses interventions? Quoi qu'il en soit, le commissaire à la concurrence n'a pas accueilli favorablement leur recommandation de faire une distinction entre les deux formes de maintien des prix et de les assujettir à un traitement légal différent :

> Au sujet des dispositions relatives à l'établissement des prix, pour commencer, M. VanDuzer croit que le processus d'examen civil serait préférable à l'actuel processus pénal pour toutes les dispositions relatives à l'établissement des prix, à l'exception des ententes de fixation horizontale des prix. Il ne fait aucun doute que certaines de ces dispositions seraient plus efficaces dans un contexte civil, et c'est la position que nous appuyons dans le cas de la discrimination par les prix. [...] De façon générale, toutefois, nous ne sommes pas en faveur de l'élimination complète des dispositions à caractère pénal. À notre avis, il faut un mélange de lois civiles et de lois pénales au sujet des pratiques anticoncurrentielles en matière de prix; il y a un certain nombre de raisons à cela. [Konrad von Finckenstein, 9:9:15]

Apparemment, le statu quo est moins coûteux à administrer et fournit aussi un excellent moyen de faire respecter la *Loi* :

> Premièrement, nous avons besoin de dispositions pénales pour les infractions les plus sérieuses. [L]e professeur VanDuzer [...] fait la distinction entre les ententes horizontales et les ententes verticales touchant le maintien des prix. Si quelqu'un

> cherche délibérément à chasser un concurrent du marché et qu'il adopte des pratiques à cette fin, je suis d'avis que les infractions de ce genre doivent être visées par des dispositions pénales. Deuxièmement, la preuve peut être plus difficile à établir dans le cas des dispositions pénales, mais celles-ci ont un plus grand pouvoir de dissuasion. Elles entraînent des amendes et des peines d'emprisonnement, tandis que des dispositions à caractère civil ne peuvent donner lieu qu'à des mesures de redressement par voie d'injonction. Troisièmement, l'article 36 de la *Loi* permet les actions privées visant des comportements criminels. S'il n'y avait que des dispositions civiles au sujet de l'établissement des prix, les parties privées n'auraient pas accès aux tribunaux pour obtenir des mesures correctives visant des pratiques anticoncurrentielles en matière de prix. Pour ces trois raisons, nous croyons qu'il faut conserver certaines dispositions pénales. [Konrad von Finckenstein, 9:9:15]

Le Comité voit mal comment on peut considérer le maintien des prix dans l'axe vertical comme une atteinte patente à la concurrence dans tous les cas et pourquoi les responsables de l'exécution de la *Loi* ne peuvent pas facilement faire la distinction entre les formes verticales de maintien des prix qui favorisent la concurrence et celles qui lui nuisent. Plusieurs des experts qui ont comparu devant lui — dont certains ont même été retenus par le Bureau de la concurrence pour faire des travaux spécialisés pour son compte et qui connaissent donc fort bien tous les aspects de la question du point de vue des activités d'application de la loi du Bureau — estimaient que la distinction serait relativement facile à établir comparativement aux autres tâches du Bureau et du Tribunal. Comme l'a dit un témoin, étant donné que d'autres restrictions concernant des pratiques à caractère vertical relèvent du droit civil :

> Pour ce qui est des prix imposés, il y a en quelque sorte une anomalie, étant donné que nous reconnaissons les avantages éventuels sur le plan de l'efficacité de pratiques comme les ventes exclusives ou les ventes liées. Nous n'en faisons pas des actes criminels et ni des pratiques en soi illégales. [...] Il y a de nombreuses bonnes raisons de recourir aux prix imposés qui n'ont rien à voir avec la restriction de la concurrence. [...] je prévoirais à cet effet un recours civil, une procédure d'examen, et j'accorderais en l'espèce un moyen de défense fondé sur l'efficacité, ou du moins un critère se rapportant aux répercussions sur la concurrence. [Tom Ross, 46:9:20]

Un autre témoin est d'avis que le maintien des prix risque de se répandre, surtout sous sa forme anodine, en raison de l'émergence de la nouvelle économie, laquelle semble susciter un nombre croissant d'alliances stratégiques entre les exploitants de réseaux (compagnies aériennes, camionnage, chemins de fer, téléphonie fixe et mobile, câblodistribution et télévision par satellite, programmeurs d'émissions de télévision, fournisseurs de services Internet, et ainsi de suite) et entre les fabricants et assembleurs de pièces et de systèmes.

> Le gros inconvénient que je vois à l'article portant sur la discrimination par les prix c'est le fait qu'aujourd'hui les gens passent des alliances stratégiques aux termes desquelles l'une des parties fournit l'une des composantes du produit, l'autre se chargeant de fournir l'autre composante et les deux parties s'engageant à commercialiser conjointement le produit. L'une des parties achète la composante à l'autre et se charge de vendre l'ensemble. Les deux parties dans ce genre d'affaire

> ont un intérêt véritable et légitime à fixer le prix du produit sur le marché et pourtant, selon la façon dont est formulé l'article sur la discrimination par les prix, elles vont encourir de graves difficultés. On peut améliorer ces dispositions, mais c'est difficile et en grande partie inefficace [...] [James Musgrove, Lang Michener, 46:10:45]

Une solution a été proposée :

> Au sujet de la concertation horizontale sur les prix, nous croyons [...] qu'elle devrait être traitée aux termes de l'article 45 de la *Loi*. Il serait plus facile, entre autres, de régler les problèmes survenant lorsque les parties qui concluent des alliances stratégiques et des coentreprises ne s'entendent pas sur le prix de vente des produits visés par ces ententes. [Paul Crampton, 53:15:45]

Ainsi, le caractère pénal de la disposition peut efficacement en encourager l'observation, mais peut aussi avoir un effet fâcheux dans les cas où le maintien vertical des prix a un effet favorable sur la concurrence.

Le Comité trouve les arguments des partisans de la dépénalisation de cette pratique bien pensés et convaincants. Compte tenu des récents développements survenus dans les entreprises sur les plans organisationnel et stratégique, les avantages économiques de politiques innovatrices en matière d'établissement des prix dépasseront de loin les coûts additionnels d'observation résultant de l'établissement d'une distinction entre les pratiques de maintien des prix qui stimulent la concurrence et celles qui l'entravent. En conséquence, selon le Comité, il y aurait lieu :

9. **Que le gouvernement du Canada, après consultation des parties intéressées, modifie l'article 61 de la *Loi sur la concurrence* portant sur le maintien des prix de manière à établir une distinction entre les pratiques qui nuisent à la concurrence et celles qui stimulent l'efficacité. Le maintien des prix entre concurrents, que ce soit entre fabricants ou entre distributeurs, devrait continuer de relever des dispositions pénales de la *Loi sur la concurrence*, éventuellement de l'article 45 sur la collusion. Les ententes de maintien des prix entre un fabricant et ses distributeurs devraient relever des dispositions civiles relatives aux affaires que le Tribunal peut examiner, éventuellement de l'article 79 sur l'abus de position dominante. Cette disposition devrait également préciser que la personne en question doit jouir d'une « puissance commerciale » et que la pratique incriminée doit avoir pour effet « de réduire sensiblement la concurrence ».**

Une fois ces modifications effectuées, il y aurait lieu, de l'avis du Comité :

10. **Que, si le gouvernement du Canada devait donner suite à la constatation précédente du Comité, le Bureau de la concurrence adopte de nouvelles lignes directrices portant sur l'abus de position dominante (article 79) dans le contexte des ententes de maintien des prix entre un fabricant et ses distributeurs, qui comprendraient le cadre analytique de l'évaluation de la puissance commerciale et des effets sur la concurrence. Il faudrait envisager d'adopter également des lignes directrices sur l'exécution des dispositions relatives à la collusion**

(article 45) à l'égard des ententes de maintien des prix conclues entre des fabricants ou des distributeurs visées par l'article 61.

Prix à la livraison

L'établissement de prix à la livraison, défini à l'article 80 de la *Loi sur la concurrence*, est une pratique qui consiste à refuser à un client (ou à une personne qui cherche à devenir un client) la livraison d'un article, aux mêmes conditions de commerce, en un endroit où le fournisseur fait ordinairement des livraisons. Aux termes de l'article 81, cette pratique est une infraction prohibitive sous réserve de la règle de raison.

Le Comité sait que certaines pratiques relativement aux prix à la livraison sont anticoncurrentielles lorsqu'elles facilitent la collusion ou la coordination au niveau des prix. Il reste cependant que, dans la plupart des cas, elles ne présentent pas un caractère anticoncurrentiel. Tous les spécialistes de la question que nous avons entendus nous ont répété à maintes reprises que, dans la mesure où l'esprit de la *Loi* consiste à encourager et promouvoir la concurrence elle-même en tant que phénomène et non des concurrents ou des catégories de concurrents, toutes les questions de droit civil pouvant être examinées par le Tribunal devraient être subordonnées à une analyse des effets sur la concurrence. Par exemple, « on n'a pas prévu non plus de critère lié aux effets sur la concurrence en matière de prix à la livraison et je considère [...] que l'on ne devrait pas intenter de recours en matière de prix à la livraison à moins que l'on considère que cette pratique nuit à la concurrence » [Tom Ross, 46:9:20]. Ce conseil est particulièrement bienvenu compte tenu des droits privés d'action et de l'accès au Tribunal de la concurrence.

Le Comité voudrait que le gouvernement remédie à cette anomalie et est d'avis qu'il y aurait donc lieu :

11. **Si des particuliers sont autorisés à s'adresser au Tribunal de la concurrence afin d'obtenir un redressement dans des affaires susceptibles d'examen au civil, que le gouvernement du Canada envisage de modifier l'article 81 de la *Loi sur la concurrence* portant sur les prix à la livraison afin de préciser que la pratique incriminée doit avoir pour effet de « réduire sensiblement la concurrence ».**

Refus de vendre

Le Comité convient avec les professeurs VanDuzer et Paquet que le refus de vendre représente le comble de la discrimination. Étant donné que le paragraphe 61(6) assimile cet acte à un moyen de pratiquer le maintien des prix et que le Comité recommande que les affaires de maintien des prix dans l'axe vertical fassent l'objet de mesures civiles, nous traitons de cette pratique ici.

On a dit au Comité que la disposition sur le refus de vendre pourrait éventuellement servir à contrecarrer le processus de la concurrence :

> La *Loi sur la concurrence* peut être mal utilisée; elle peut servir d'outil permettant de faire du harcèlement concurrentiel. En effet, elle peut servir à décourager celui qui veut fixer des prix de façon audacieuse, ou offrir plus de qualité ou de services que les autres, ce qui pourrait désarçonner les concurrents, qui n'hésiteraient pas à parler de tactiques d'éviction. La *Loi sur la concurrence* peut également servir d'outil de négociation dans ce qui est au fond un différend contractuel. Ainsi, un distributeur dont le contrat de concession viendrait à échéance pourrait invoquer, ou menacer d'invoquer, le paragraphe 61(6) ou l'article 75 de la *Loi sur la concurrence* en raison d'un refus de fournir ou de vendre. Il faut bien comprendre que les griefs que pourraient avoir divers intervenants sur le marché ne doivent avoir de l'importance que dans la mesure où ils peuvent menacer l'intégrité du processus même de concurrence. [Donald McFetridge, 44:9:05]

Certains témoins estimaient que la disposition de la *Loi* sur le refus de vendre témoignait d'un zèle quelque peu excessif pour les raisons exposées ci-dessous et ont fait la recommandation qui suit :

> Ce qui me dérange surtout au sujet du refus de vendre, c'est qu'il n'est nulle part question de vérifier les effets de la pratique sur la concurrence. Dans le cas de presque toutes les autres dispositions de la *Loi*, pour justifier une intervention, il faut que la pratique incriminée restreigne la concurrence d'une manière ou d'une autre. Toutefois, il n'en va pas de même pour le refus de vendre. Il y a tout simplement quelqu'un qui est gêné dans son exploitation parce que vous ne lui fournissez pas ce dont il a besoin. Le Tribunal a accepté de définir les marchés en fonction des marques, de sorte que si vous êtes un vendeur de pièces Chrysler et que vous refusez de fournir des pièces à quelqu'un, c'est une raison suffisante pour le Tribunal, de sorte qu'un simple différend au sujet d'un contrat privé devient une affaire de concurrence. [...]
>
> Je préférerais donc que l'on élimine purement et simplement les dispositions s'appliquant au refus de vendre, car si cette pratique est le fait d'une entreprise jouissant d'une position dominante, on peut toujours se prévaloir des dispositions sur l'abus de position dominante, qui comportent un critère relativement à l'amoindrissement de la concurrence. À défaut, j'ajouterais un critère lié à la concurrence, quelque chose établissant qu'il faut que la concurrence soit restreinte puis [...] j'autoriserais les parties à intenter elles-mêmes des poursuites si le commissaire considère qu'il n'est pas dans l'intérêt général qu'il le fasse. [Tom Ross, 46:9:15].

Ce conseil est particulièrement pertinent quand on accorde des droits privés d'action, comme l'a fait remarquer le témoin suivant :

> [...] à mon avis l'article 75, par exemple, qui traite du refus de vendre, est pour commencer mal rédigé dans la *Loi* et, en particulier, il crée une infraction en soi. Cela veut dire que si une entreprise peut établir qu'un fabricant ou un fournisseur a refusé de l'approvisionner, il y a automatiquement violation de la *Loi*. Il n'est indiqué nulle part à l'article 75 qu'il faut aussi établir que l'acte incriminé a pour effet de restreindre substantiellement la concurrence. Bien évidemment, l'interprétation donnée jusqu'à présent par le commissaire, qui filtre les affaires, a évité que l'on

> intente des poursuites frivoles en vertu de l'article 75. Toutefois, une fois que nous aurons accordé des droits de recours privés, il est vraisemblable qu'il n'en sera plus ainsi. Il y aura donc certainement des poursuites privées dans des cas où le refus de vendre est en fait favorable à la concurrence ou pourrait l'être. [Roger Ware, 52:9:40-9:45]

Par conséquent, dans l'esprit de la protection de la concurrence et pour éviter d'intervenir dans ce qui pourrait n'être rien d'autre qu'un différend contractuel privé, il y aurait lieu, de l'avis du Comité :

12. **Si des particuliers sont autorisés à s'adresser au Tribunal de la concurrence afin d'obtenir un redressement dans des affaires susceptibles d'examen au civil, que le gouvernement du Canada envisage de modifier l'article 75 de la *Loi sur la concurrence* portant sur le refus de vendre afin d'y ajouter un critère relatif aux effets sur la concurrence.**

CHAPITRE 5 :

DISCRIMINATION PAR LES PRIX

> *La dépénalisation de ces questions réduirait également les énormes frais de conformité que ces dispositions imposent aux entreprises, ainsi que l'effet paralysant de ces prescriptions sur un vaste éventail de comportements proconcurrentiels. [Paul Crampton, 53:15:45]*
>
> *Actuellement, la* Loi *cadre mal avec les pratiques en matière d'exécution. Il est très difficile de trouver une concordance entre l'approche qui sous-tend les lignes directrices relatives à l'exécution des dispositions sur la discrimination par les prix et la* Loi*... [Tim Kennish, 44:9:30]*
>
> *Je pense qu'il faudrait dépénaliser la discrimination par les prix, mais il faudra pour cela tenir compte de considérations d'ordre politique — et évaluer la discrimination par les prix dans le contexte de son incidence sur la concurrence... [Tim Kennish, 44:9:30]*

Analyse économique

Il y a discrimination par les prix lorsqu'un fournisseur de biens ou de services vend le même produit à des prix différents à différents consommateurs (qu'il s'agisse d'autres entreprises ou de consommateurs finals) à moins que cette différence de prix ne corresponde précisément aux coûts engagés pour servir les diverses catégories de consommateurs. Trois conditions doivent être réunies pour qu'on puisse parler de discrimination par les prix : 1) l'entreprise doit avoir la puissance commerciale qui lui permet de fixer les prix (autrement, les consommateurs peuvent choisir d'acheter auprès d'un concurrent); 2) l'entreprise doit pouvoir cerner différentes catégories de clients ayant différents niveaux de sensibilité aux prix; et 3) la possibilité pour les clients de faire de la revente entre eux doit être limitée (autrement, les consommateurs procéderont par arbitrage pour se procurer le produit au meilleur prix).

Bien que la discrimination par les prix signifie par définition traiter des particuliers ou des groupes de consommateurs de façon différente et puisse en désavantager certains lorsque le produit est un facteur de production, elle n'entre pas en soi dans les agissements anticoncurrentiels. En fait, elle peut souvent répondre à des impératifs concurrentiels lorsqu'il s'agit de demander des prix différents à différents consommateurs, lorsque des coûts différents sont engagés pour les servir (tout comme les ristournes consenties en fonction du volume et de la quantité, qui supposent des coûts différents et qui ne sont donc pas en soi et par elles-mêmes anticoncurrentielles). La discrimination par les prix peut également générer des ventes supplémentaires, par exemple, à des enfants et à des personnes âgées qui n'achèteraient pas le produit autrement. Dans la mesure où la consommation de biens ou de services augmente, on estime servir les impératifs d'efficience économique et d'intérêt du plus grand nombre.

Les professeurs VanDuzer et Paquet, s'appuyant sur un grand nombre d'exemples, ont relevé que la discrimination par les prix est une pratique courante. Une banque qui offre aux étudiants des services bancaires gratuits pour s'attacher leur loyauté ultérieure pratique la discrimination par les prix. D'ailleurs, si les recommandations du Livre blanc du gouvernement sur l'avenir du secteur des services financiers sont adoptées, les banques seront non seulement encouragées, mais aussi tenues d'offrir des comptes bancaires de base aux plus démunis.

Traitement légal de la discrimination par les prix

La discrimination par les prix constitue un acte criminel qui ne vise, aux termes de l'alinéa 50(1)*a*) de la *Loi sur la concurrence*, que les articles (ce qui exclue donc les services et les baux) et, en vertu de l'article 51 de la même loi, que les remises à des fins de réclame ou de publicité. Ces dispositions ont été adoptées dans les années 30 pour répondre aux craintes manifestées par les petites entreprises, surtout des épiceries, devant la menace des grandes surfaces et des chaînes de magasins.

Les professeurs VanDuzer et Paquet taxent cette disposition d'imprécise et d'inopérante :

> Je suppose que, en fin de compte, nous avons ressenti cela parce que l'article n'est pas conçu pour être un outil précis permettant d'éviter la discrimination par les prix anticoncurrentiels, mais plutôt pour avoir sur le marché l'effet de décourager les gens de s'engager dans une entreprise d'établissement de prix innovatrice et d'adopter des pratiques de vente à rabais et que ce n'était donc pas une disposition adéquate. Si l'on se penche sur l'application de cette disposition, nous constatons que, au cours des cinq années que nous avons examinées, il y a eu peu de plaintes, ce qui est assez étrange, étant donné que cette pratique est très répandue sur le marché. En moyenne, on a compté seulement quelque 12 plaintes par année... [Anthony VanDuzer, 14:15:35]

Le commissaire à la concurrence semble du même avis, bien qu'il hésite à prôner tout changement à la *Loi* que n'appuient pas les petites entreprises.

> [V]ous vous souviendrez que, lors de l'examen du projet de loi C-20, nous avions proposé au départ d'abroger les dispositions de la *Loi* portant sur la discrimination par les prix. Ces propositions avaient cependant suscité une vive opposition de la part des petites entreprises, et nous estimons que ces dispositions ne doivent pas être abrogées sans leur accord. [Konrad von Finckenstein, 9:9:15]

Le Comité a entendu des arguments contraires de la Chambre de commerce, qui regroupe de nombreuses petites entreprises canadiennes. La Chambre conteste en fait l'utilité de la disposition sur la discrimination par les prix :

> [L]a disposition en matière de discrimination par les prix, à l'alinéa 50(1)*a*) de la *Loi*, ne met pas les petites et moyennes entreprises à l'abri de la discrimination et s'est avérée très peu utile depuis son adoption en 1935. [Paul Crampton, 53:15:45]

Compte tenu de ces critiques, le Comité n'a pas été surpris d'entendre les déclarations suivantes provenant de juristes :

> Je gagne très bien ma vie en donnant aux gens des conseils sur la façon d'éviter de commettre une discrimination par les prix. Je n'ai jamais connu de situation m'amenant à penser qu'un préjudice avait été commis sur le plan économique, sauf pour ce qui est du versement de mes honoraires. Toutes ces modifications feront la joie des avocats. Elles vont beaucoup me profiter. Toutefois je ne pense pas qu'elles vont profiter à notre économie. La discrimination par les prix revient essentiellement au même que le versement d'allocations discriminatoires... [C]es dispositions ne profitent en rien à l'économie, sauf pour ce qui est des honoraires d'avocat. [James Musgrove, 46:10:45]

Cette déclaration confirme les commentaires du professeur VanDuzer selon lesquels les *Lignes directrices en matière de discrimination par les prix* du Bureau de la concurrence ne réussissent qu'en partie à dissiper l'effet paralysant de cette disposition sur le monde des affaires. De nombreux témoins sont allés encore plus loin dans leur critique de la disposition en vigueur :

> Si j'avais le choix, je supprimerais purement et simplement les dispositions traitant de la discrimination par les prix et je me référerais uniquement à l'avis de position dominante si quelqu'un y avait recours pour imposer une discrimination par les prix. Les dispositions portant sur la discrimination par les prix n'ont pas été très efficaces jusqu'à présent, mais c'est peut-être mieux comme ça. Les Américains, aux termes de la Loi Robinson-Patman, se sont vu parfois forcer la main par de petits acheteurs s'efforçant d'obtenir des rabais auxquels ils n'avaient même pas particulièrement droit en vertu des dispositions s'appliquant à la justification des coûts. Je ne pense pas vraiment que ce soit pour nous une bonne chose. [Tom Ross, 46:9:20]

Ce que propose le professeur VanDuzer, et ce qu'appuient de nombreux témoins entendus par le Comité, est de cesser de traiter la discrimination par les prix comme une infraction criminelle et d'en faire une pratique visée par une disposition de droit civil, surtout en tant que forme d'abus de position dominante visée par l'article 79. Cela cadrerait également avec la façon dont sont traités les autres types d'intégration verticale, notamment le refus de vendre (article 75) et les ventes liées (article 77).

Le Comité conclut que le moment est venu de modifier la *Loi sur la concurrence* et, selon lui, il y aurait lieu :

13. Que le gouvernement du Canada, après consultation avec les parties intéressées, notamment les représentants des petites entreprises, envisage d'abroger l'alinéa 50(1)*a*) et l'article 51 de la *Loi sur la concurrence* et intègre cette interdiction aux dispositions de la *Loi* relevant du droit civil qui concernent les affaires que le Tribunal peut examiner, interdiction qui pourrait éventuellement figurer à l'article 79 portant sur l'abus de position dominante. Il devra veiller à en subordonner l'application à la fois au fait que la personne incriminée jouit d'une « puissance commerciale » et au fait que la pratique

incriminée a pour effet de « réduire sensiblement la concurrence ». La disposition devra régir tous les produits, y compris les articles et les services, et toutes les transactions, donc ne pas se limiter aux ventes. Il faudrait également envisager d'adopter, dans le contexte de la disposition sur l'abus de position dominante, des lignes directrices en matière d'exécution des mesures concernant la discrimination par les prix.

CHAPITRE 6 :

DROIT PRIVÉ D'ACTION

> *Dans le cas du Tribunal de la concurrence, le droit privé d'action pourrait être appliqué aux questions qui concernent essentiellement les acheteurs et les vendeurs et qui ne justifient pas une intervention publique. Les dispositions visées sont les articles 75, qui porte sur le refus de vendre, et 77, qui traite des ventes liées, de la limitation du marché et d'exclusivité. [Konrad von Finckenstein, 43:9:15]*
>
> *Dans les discussions précédentes au sujet du bien-fondé du droit privé d'action [...], les intervenants ont insisté sur la nécessité d'adopter des mesures pour éviter que ce droit ne donne lieu à des litiges stratégiques. Il faudrait assortir ce droit de mesures de protection, telles que l'autorisation du Tribunal de déposer une demande, l'octroi de dépens et le non-versement de dommages-intérêts. [Konrad von Finckenstein, 43:9:15]*
>
> *Je propose donc modestement d'inclure dans la* Loi *une disposition qui accorderait des dommages doubles. Je suis sûr que cela stimulerait les recours collectifs. [William Stanbury, 47:15:50]*

Selon le droit canadien actuel, seul le commissaire à la concurrence a le droit d'adresser une demande d'examen au civil au Tribunal de la concurrence. La question de savoir s'il y a lieu d'accorder cette qualité pour agir aux particuliers dans les affaires de droit civil que le Tribunal est habilité à examiner a fait l'objet d'un débat considérable. Les témoins qui ont comparu devant le Comité semblent généralement accepter les modifications en ce sens. Le principal argument contre l'attribution du droit privé d'accès est le risque d'abus sous la forme de « litiges stratégiques » (c.-à-d. des actions en justice entamées non pour obtenir réparation du préjudice causé par des agissements anticoncurrentiels, mais pour obtenir un avantage sur un concurrent). On cite le cas des États-Unis, où le plaignant peut parfois obtenir des dommages-intérêts triples. On estime que la perspective de dommages-intérêts largement supérieurs aux pertes réelles quantifiées pourrait inciter fortement à intenter des poursuites, d'autant que le plaignant, s'il obtient gain de cause, peut se faire indemniser ses frais de justice (alors que le défendeur qui obtient gain de cause n'y a pas droit; il est plutôt assujetti à la règle américaine traditionnelle selon laquelle les parties assument leurs propres dépenses).

Au cours des 25 dernières années, les actions en justice privées ont constitué plus de 90 % de toutes les affaires antitrust aux États-Unis, et leur nombre a dépassé celui des actions intentées par le secteur public dans un rapport de 9 à 1. Les chances de succès des plaignants ne sont pas très élevées (près de 90 % des demandes sont réglées hors cour ou rejetées, et plus de 70 % des affaires instruites se soldent par un jugement à l'avantage de certains ou de l'ensemble des défendeurs), mais rien n'indique que le

rythme des demandes ralentisse[6]. L'expérience américaine, toutefois, ne semble pas s'être étendue à d'autres pays ayant accordé des droits privés d'action. C'est probablement parce qu'aucun ne permet, comme aux États-Unis, l'attribution de triples dommages-intérêts avec dépens.

Demandes privées en dommages-intérêts découlant d'une infraction pénale

Un droit privé limité d'action existe en cas d'affaire criminelle, mais, pour les raisons indiquées plus bas, il est rarement appliqué. L'article 36 de la *Loi sur la concurrence* prévoit que toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite : a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI (Infractions relatives à la concurrence); b) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la *Loi*, peut réclamer les dommages (et les dépens) devant tout tribunal compétent. Par conséquent, un droit privé d'action en dommages-intérêts peut naître dans trois cas : 1) le ministère de la Justice a gain de cause dans une poursuite fondée sur la violation d'une disposition pénale de la Partie VI (complot, trucage des offres, discrimination par les prix, prix d'éviction, publicité trompeuse, télémarketing trompeur, double étiquetage, vente pyramidale ou maintien des prix); 2) après que le commissaire et une partie ont consenti à une ordonnance et que cette ordonnance par consentement a été rendue par un tribunal, la partie ne la respecte pas; ou 3) si une partie lésée a gain de cause dans une poursuite privée.

Si on y regarde de plus près, il s'élève en fait d'importants obstacles au recouvrement des dommages par une victime. D'abord, le commissaire à la concurrence doit décider s'il poursuit ou non. Il n'est pas tenu de le faire; toutefois, l'article 21 prévoit que dans les cas où, à son avis, l'intérêt public l'exige, le commissaire *peut* demander au procureur général du Canada de nommer un avocat et de le charger d'aider dans le cadre d'une enquête visée à l'article 10. Le commissaire peut aussi discontinuer l'enquête à n'importe quelle étape. De plus, même s'il y a preuve d'une activité criminelle, le commissaire ne renvoie pas nécessairement l'affaire à un tribunal, mais peut la régler par négociation. Les conditions du règlement sont gardées confidentielles et aucune ordonnance par consentement n'est habituellement demandée au tribunal. Dans ce cas, même si une partie ne respecte pas les conditions du règlement, la partie lésée ne pourra se faire dédommager, puisque pour en avoir le droit, il faut d'abord qu'une ordonnance ait été délivrée par le Tribunal ou une cour.

Quand il reçoit une demande du commissaire, le procureur général peut aussi nommer un avocat et le charger d'entamer une enquête si le commissaire le juge nécessaire pour déterminer les faits. En vertu du paragraphe 23(2), le procureur général peut intenter et mener toutes les poursuites et autres procédures criminelles que prévoit la *Loi*. Mais il n'est pas tenu de le faire. Enfin, le procureur général peut ne pas engager de poursuite, surseoir à l'instance ou carrément renoncer aux accusations.

---

6 Roberts, J.R., *Analyse comparative internationale des droits d'action privés* : Étude demandée par Industrie Canada, Bureau de la concurrence, avril 2000.

Ainsi, la capacité de recouvrer les dommages-intérêts dépend en grande partie de la décision du commissaire de chercher à obtenir une condamnation en renvoyant l'affaire au procureur général. Si le commissaire décide de ne pas le faire — ou si le procureur général décide de ne pas engager de poursuite — il ne reste à la partie lésée que l'option d'intenter une poursuite privée.

Les poursuites privées sont assez rares au Canada de nos jours. Afin d'obtenir une condamnation pour un acte criminel (catégorie des infractions les plus graves à la *Loi*), le dénonciateur privé[7] doit d'abord obtenir le consentement écrit du juge. Il ne s'agit pas d'une simple formalité; le juge, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, est tenu de considérer la nature de l'infraction, si elle est « publique » ou « privée », s'il y a eu enquête préliminaire et quelle est la position de la Couronne dans l'affaire. Dans le seul arrêt rapporté d'une poursuite privée sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, *Lynk* c. *Ratchford* [1995] N.S.J. n° 238, la Cour d'appel de Nouvelle-Écosse a confirmé que la *Loi* accorde un droit privé de poursuite. Le procureur général peut reprendre une poursuite privée afin de la continuer ou de la cesser ou de surseoir à l'instance.

Application publique de la *Loi sur la concurrence*

Les témoins ont unanimement convenu que la *Loi* est actuellement sous-appliquée par le commissaire à la concurrence et qu'il serait profitable à l'environnement concurrentiel canadien que plus de plaintes soient soumises au Tribunal de la concurrence. Comme l'a fait remarquer le professeur Trebilcock :

> De 1976 à 1986, soit sur une période de 10 ans, seulement deux cas ont été soumis à l'entité qui existait avant le Tribunal de la concurrence [...] deux cas en 10 ans. De 1986 à 2000 [...] le Bureau a saisi le Tribunal de neuf litiges — neuf cas en 15 ans. On ne peut pas dire que les pouvoirs publics se sont évertués à appliquer la loi. [Michael Trebilcock, Université de Toronto, 48:9:45]

Le commissaire à la concurrence convient des avantages de l'action privée :

> À notre avis, le droit privé d'action favoriserait la mise en application de la *Loi*. Il permettrait d'augmenter l'effet dissuasif de la *Loi* et de créer une jurisprudence dont nous avons grandement besoin. Dans le cas du Tribunal de la concurrence, le droit privé d'action pourrait être appliqué aux questions qui concernent essentiellement les acheteurs et les vendeurs et qui ne justifient pas une intervention publique. [Konrad von Finckenstein, 43:9:10]

La principale raison du peu de poursuites semble être le manque de ressources. La présentation d'une demande au tribunal coûte environ 1 million de dollars en moyenne au gouvernement du Canada. Le commissaire et d'autres témoins conviennent que l'actuel budget du Bureau ne permet pas la meilleure application de la *Loi*. On craint donc réellement que le Bureau en vienne à être perçu comme un « tigre édenté ». Ce n'est pas

---

[7] Le terme « dénonciateur » est utilisé plutôt que celui de « poursuivant », parce que la victime entame la poursuite en faisant une dénonciation sous serment devant un juge.

qu'il soit inactif. Le peu d'affaires soumises au Tribunal ne reflète pas les nombreux cas réglés par des négociations privées entre le commissaire et les parties. En fait, tout indique que le Bureau est plus actif que jamais. De nombreux facteurs l'expliquent, notamment le nombre accru de fusions :

> Les gens qui assument les mêmes fonctions aux États-Unis sont tout aussi submergés de travail. Cela se produit en Europe. Cela semble être un phénomène mondial. Pour vous donner une idée de son ampleur, pour ce qui est des transactions de déclaration obligatoire, au cours de l'année financière qui vient juste de se terminer, nous avons eu en gros deux fois plus de cas que nous en avions il y a cinq ans. Nous assistons donc à une très grande vague de fusions. [Gaston Jorré, Bureau de la concurrence, 43:10:05]

Le fait que les seuils pécuniaires des transactions de déclaration obligatoire n'ont pas été corrigés en fonction de l'inflation n'y est peut-être pas étranger.

> Si les ressources du Bureau sont à ce point taxées, c'est qu'on y passe beaucoup de temps à examiner les fusions. L'activité intense du Bureau dans ce secteur traduit bien le nombre élevé de fusions qui se sont produites et est due au fait que depuis 1988, lorsque les règles de préavis des fusions exigeant l'examen de certaines d'entre elles en fonction de leur importance ont été imposées, il n'y a eu aucun rajustement dans les seuils à partir desquels il faut examiner les fusions. Entre-temps, le dollar canadien ayant perdu environ le tiers de sa valeur, un nombre considérable de fusions se sont donc ajoutées à la liste, ce qui n'aurait pas été le cas si l'on avait indexé le seuil depuis 1988. [Tim Kennish, 44:9:20]

De plus, l'ALENA fait émerger des acteurs beaucoup plus considérables, dont les fusions de plus en plus complexes font intervenir plusieurs juridictions. Il s'ensuit que le Bureau affecte une partie croissante de ses ressources à l'examen des fusions et les détourne donc d'autres domaines d'application de la *Loi*.

Un autre facteur qui joue sur l'affectation des ressources est la tendance à la déréglementation et à la libéralisation :

> En outre, dans le cadre de la déréglementation et de la libéralisation d'une partie de notre économie, par exemple le transport, les télécommunications et maintenant l'énergie, la responsabilité du bureau s'est en fait accrue. Dans la mesure où ces domaines ont été déréglementés et ne sont plus assujettis à un organisme de réglementation précis, il nous incombe de nous en occuper. [Konrad von Finckenstein, 43:9:35]

Le coût de la présentation d'une demande au Tribunal, élevé pour le gouvernement, l'est encore plus pour le secteur privé.

> En moyenne — les affaires n'ont pas été tellement nombreuses — pour le seul Bureau, il en a coûté plus de 1 million de dollars pour aller devant le Tribunal. [...] Toutefois, je suis sûr que les coûts sont encore plus élevés pour ce qui est du défendeur. Par conséquent, lorsqu'on s'adresse au Tribunal, cela coûte cher. [...] ce ne sont pas les petits qui vont s'adresser au Tribunal; ce sont les grosses entreprises. Le gros problème, cependant, ne vient-il pas du fait que lorsqu'on va

> s'adresser au Bureau pour se plaindre d'une question qui relève véritablement de l'intérêt général, le Bureau va peut-être répondre que l'on peut intenter des poursuites, qu'il n'a pas à s'en mêler et que l'on dispose d'un recours? Oui, on a un recours comme on a toujours la possibilité de traverser à la nage les chutes du Niagara. Il y a pourtant certains risques [...]. [Warren Grover, 46:11:05]

Les affaires soumises au Tribunal prennent en moyenne 20 mois à être réglées, et, durant ce temps, les honoraires des avocats et des témoins experts peuvent devenir prohibitifs. Le simple coût de porter une affaire devant le Tribunal s'avérerait probablement une autre désincitation aux faux litiges.

En guise de dernière observation sur la question des ressources, il est bon de retenir qu'avec un budget de fonctionnement de 25,3 millions de dollars en 1999 :

> Le Bureau de la concurrence est désormais un centre de profit qui a permis d'engranger 100 millions de dollars d'amendes au cours des 12 derniers mois. C'est assez conséquent. Ces affaires ne sont pas allées en justice, mais il y a des gens qui ont estimé que leur cause était suffisamment faible pour faire des offres de règlement se montant à 100 millions de dollars. C'est beaucoup d'argent. L'opération est rentable. [James Musgrove, 46:10:45]

En même temps, le commissaire souligne le besoin d'augmenter les budgets affectés à l'application de la loi :

> Est-ce que cela grève nos ressources? Oui. Serait-il utile d'en vouloir plus? Absolument. [...] Tous mes collègues des autres agences antitrust font face au même problème. Personne n'a jamais été confronté à une telle vague de fusions, à un tel nombre de cas aussi complexes. [Konrad von Finckenstein, 43:9:20]

Vu son enviable réussite en matière de récupération des coûts, il est raisonnable de penser que d'augmenter le budget du Bureau relèverait d'une bonne planification financière. Ce qui ne veut pas dire qu'il faudrait instituer des affaires pour produire des recettes, mais plutôt qu'un meilleur financement permettrait au Bureau d'appliquer plus énergiquement la *Loi* de sorte que l'industrie et les consommateurs puissent continuer à jouir des avantages d'une saine concurrence.

Fonctionnement du Tribunal de la concurrence

Le Tribunal est actuellement perçu comme lent à réagir et procédurier : « nous avons besoin de certains pouvoirs pour agir rapidement lorsque des prix abusifs sont imposés, pour ménager la concurrence avant que la victime ne disparaisse ». [Tom Ross, 46:9:40].

Dans l'économie d'innovation d'aujourd'hui, la rapidité est importante, et des agissements anticoncurrentiels peuvent évincer un plaignant du marché avant que sa plainte soit instruite et une mesure corrective ordonnée. Il a été proposé plusieurs modifications de la procédure pour améliorer le règlement des différends : permettre des renvois pour régler hâtivement les principales questions dont dépend l'affaire, autoriser le

Tribunal à allouer les dépens, ce qui lui donnerait un moyen de contrôler les tactiques dilatoires et les litiges stratégiques, et l'autoriser à disposer sommairement, et donc rapidement, d'une affaire si les dossiers de part et d'autre ne semblent pas fondés. À ce sujet, le Tribunal a invité à la discussion publique, en février 1999, concernant ses « propositions de modification des Règles du Tribunal de la concurrence. » Entre autres choses, il cherche à simplifier le déroulement des instances et à tenir compte « des commentaires et des recommandations déjà formulés par le commissaire à la concurrence et par les avocats exerçant en droit de la concurrence et visant à conférer plus de souplesse et d'efficience au Tribunal ». Il propose d'appliquer un régime actif de gestion des instances, d'adopter d'autres méthodes pour la présentation de la preuve par les témoins et les experts et d'éliminer les étapes inutiles, comme la communication de la preuve orale et écrite[8].

En outre, le commissaire a plaidé pour que la *Loi* soit modifiée afin de lui donner de nouveaux pouvoirs de délivrer une ordonnance de cesser et de s'abstenir quand il soupçonne l'application de prix d'éviction[9]. Cette proposition s'est heurtée à une grande résistance de la part d'avocats et d'économistes qui ont témoigné devant le Comité. La question est étudiée plus en détail au chapitre 7.

Accès privé, protection contre les abus et recours

À quelques exceptions près, les témoins se sont exprimés en faveur d'un droit d'accès privé au Tribunal, en particulier pour les motifs suivants :

> [L]e but même des règles de droit en matière de concurrence et de la *Loi sur la concurrence* est bien sûr de remédier aux maux que présentent les monopoles privés. Il me semble tout à fait incongru dans ce contexte d'accorder un monopole public à une agence gouvernementale pour remplir cette fonction. [Michael Trebilcock, 48:9:45]

Et

> Accorder aux simples particuliers le droit d'accès direct au Tribunal de la concurrence et la possibilité d'intenter directement des poursuites devant celui-ci est une façon de tenir les agences publiques — en l'occurrence le Bureau — responsables de l'exercice de leur pouvoir de mise en application. [Michael Trebilcock, 48:9:45]

Il y a d'autres raisons de favoriser le droit privé d'accès au Tribunal; elles sont résumées dans la pièce 6.1.

---

8 D'après *Le Tribunal de la concurrence : Quel est son nouveau rôle*?, allocution de l'honorable juge William P. McKeown, présentée à la conférence intitulée « Meet the Competition Bureau » organisée par *Insight* conferences à Toronto, le 3 mai 1999.

9 La disposition 104.1 du projet de loi C-472 propose des modifications à cet effet de la *Loi sur la concurrence*.

Pièce 6.1
Raisons en faveur d'un droit privé d'accès au Tribunal de la concurrence

Les études indiquent que le secteur privé est mieux placé que le gouvernement pour déceler les comportements contraires aux principes de la concurrence qui ont des effets directs sur les participants à un marché.

Les actions privées permettraient de libérer des ressources du Bureau pour les consacrer à des cas d'importance supérieure qui sont plus difficiles à déceler parce que dissimulés.

Le Tribunal de la concurrence est actuellement sous-utilisé.

La possibilité d'actions privées pourrait décourager les agissements anticoncurrentiels.

Le secteur privé pourrait concourir avec efficacité au respect des règles de la concurrence s'il peut compter, de façon assez rapide et peu coûteuse, sur un redressement par voie d'injonction provisoire ou sur des ordonnances de cesser et de s'abstenir.

Les recours privés donneraient lieu à des décisions judiciaires, lesquelles permettraient aux gens d'affaires de se faire une meilleure idée de leurs responsabilités aux termes de la législation en matière de concurrence.

L'augmentation des affaires offrirait de nouvelles occasions à un plus grand nombre d'avocats de se spécialiser en droit de la concurrence, ce qui contribuerait au développement d'un barreau plus diversifié représentant des intérêts socioéconomiques plus larges.

De la même façon, des occasions accrues pour les économistes et d'autres experts de communiquer des éléments de preuve dans des affaires favoriseraient le développement de constructions théoriques propres au Canada et réduiraient le recours à l'expérience de pays étrangers.

Malgré que la plupart des témoins étaient d'avis que la création d'un droit privé d'action n'inonderait pas le Tribunal de nouvelles affaires, ils ont suggéré plusieurs moyens pour décourager les litiges stratégiques. Les moyens sont exposés dans la pièce 6.2.

Pièce 6.2

Règles pour décourager les litiges stratégiques

Prescrire soigneusement les règles déterminant la qualité pour agir afin de limiter le droit d'action aux parties directement lésées par les agissements anticoncurrentiels présumés.

Assigner au Tribunal un rôle de « filtre », avec le droit de décider des questions de qualité pour agir.

Prescrire une procédure de jugement sommaire qui exigerait que l'arbitre étudie soigneusement le bien-fondé d'une affaire au début en vue de déterminer si elle concerne de véritables agissements anticoncurrentiels. Des affaires clairement frivoles ou vexatoires devraient être radiées à un stade précoce.

Prescrire d'importantes sanctions pécuniaires contre les demandeurs déboutés.

Accorder au commissaire un droit d'intervenir et de présenter une opinion sur le bien-fondé d'une affaire au Tribunal en qualité d'intervenant désintéressé.

Établir des règles concernant les dépens de sorte que les affaires non fondées qui sont rejetées entraînent certains frais pour le plaignant.

Si on approuvait généralement le principe d'accorder l'accès privé, on s'entendait moins sur le redressement à offrir. De nombreux témoins n'étaient pas en faveur du droit de réclamer des dommages-intérêts; ils ont plutôt proposé de n'accorder au plaignant qu'une mesure injonctive. Une telle mesure aurait pour effet d'interdire l'activité anticoncurrentielle à l'avenir. La raison première pour refuser les réclamations en dommages-intérêts serait de décourager les litiges stratégiques.

> Dans les discussions précédentes au sujet du bien-fondé du droit privé d'action — et il y en a eu beaucoup — les intervenants ont insisté sur la nécessité d'adopter des mesures pour éviter que ce droit ne donne lieu à des litiges stratégiques. Il faudrait assortir ce droit de mesures de protection, telles que l'autorisation du Tribunal de déposer une demande, l'octroi de dépens et le non-versement de dommages-intérêts. [Konrad von Finckenstein, 43:9:15]

Toutefois, d'autres sont d'avis qu'il faut permettre au demandeur lésé d'introduire une action en dommages-intérêts :

> Je sais que le secteur des affaires et certains juristes s'opposent à cette proposition, mais je ne parviens absolument pas à comprendre pourquoi des demandeurs dont les plaintes ont été jugées fondées par le Tribunal et qui ont subi des pertes devraient avoir à absorber ces pertes passées et se contenter d'une réparation future. Il y a eu perte, quelqu'un l'a subie, soit l'intimé ou le plaignant. Pourquoi le plaignant, dans les cas où l'on a reconnu le bien-fondé de sa plainte, devrait-il avoir à absorber ces pertes? [Michael Trebilcock, 48:9:50]

Les tenants de cette solution croient que ce sont les règles américaines concernant les triples dommages-intérêts et les dépens qui, ensemble, ont favorisé les nombreux litiges entamés aux États-Unis. Limiter le recouvrement aux dommages-intérêts que le plaignant pourrait quantifier et suivre la règle générale canadienne concernant les dépens, accordés après une victoire décisive dans l'affaire, freinerait suffisamment, selon eux, le litige à l'excès.

> [L]es poursuites de ce genre sont très peu nombreuses, et ce, pour de très bonnes raisons. Tout d'abord, on ne peut obtenir que des dommages simples; aux États-Unis, on peut obtenir des dommages-intérêts triples. Deuxièmement, nous appliquons les règles anglo-canadiennes concernant les dépens, par opposition aux règles américaines, si bien que celui qui perd doit assumer les dépens de son adversaire. Troisièmement, de façon générale, nous sommes plus réticents à accepter les recours collectifs. [William Stanbury, 47:15:50]

Même quand le redressement est limité à des mesures injonctives, il reste à décider à qui l'offrir et relativement à quelles affaires. La question n'a pas fait l'unanimité. La plupart des témoins ont proposé une définition plutôt étroite qui ne permettrait qu'aux personnes directement touchées par l'activité anticoncurrentielle d'avoir recours au Tribunal. Toutefois, le Comité est conscient que ce n'est pas la seule solution possible; d'autres pays formulent des règles plus générales concernant la qualité pour agir, jusqu'à, par exemple, permettre à des simples citoyens de contester des activités comme des fusions dont les conséquences s'étendraient au public.

On a aussi discuté de la possibilité de permettre les recours collectifs. En 1999, deux tels recours ont été attestés par les tribunaux de l'Ontario conformément aux dispositions pénales de la *Loi*[10]. Permettre l'attestation d'actions susceptibles d'examen au civil n'exigerait pas, semble-t-il, de beaucoup modifier les règles existantes.

D'après les témoignages entendus jusqu'à maintenant, le Comité estime qu'il convient peut-être de modifier la *Loi sur la concurrence* pour créer des droits privés d'action devant le Tribunal de la concurrence et qu'il y aurait donc lieu :

14. Que le gouvernement du Canada étudie plus à fond, en consultation avec les intervenants, la possibilité d'adopter les modifications législatives nécessaires pour permettre à des particuliers qui ont été lésés dans leurs entreprises par des agissements anticoncurrentiels de recourir au Tribunal de la concurrence afin d'obtenir un redressement dans des affaires susceptibles d'examen au civil. La question du redressement offert aux plaideurs privés, sous forme de mesure injonctive ou de dommages-intérêts, ou les deux, devrait faire l'objet d'autres consultations.

---

10 *Chadha et al.* v. *Bayer Inc. et al* 45 O.R. (3d) 478 (1999) et *Carom* v. *Bre-X Minerals*, [1999] O.J. n° 1662 (Q.L.)

CHAPITRE 7 :

POUVOIR D'INTERDICTION

> *Je pense que le commissaire doit convaincre une instance autre que lui-même que l'on va commettre un tort irréparable. [Donald McFetridge, 46:9:50]*
>
> *[S]ur la question des ordonnances provisoires, j'ai bien peur qu'il s'agisse là d'une modification majeure de l'institution qui confère au commissaire des pouvoirs de décision indépendants qui ont force de loi. Si vous décidez de le faire, prenez garde de ne pas oublier les protections accordées par la loi. [Lawson Hunter, 46:9:35]*
>
> *[C]e pouvoir de faire cesser certaines activités [...] bouleverse totalement la politique de concurrence. Nous avons institué une procédure judiciaire depuis l'adoption de la Loi sur la concurrence, et tous les autres grands pays ont fait de même; je pense que cela a donné de bons résultats et que la population canadienne a été bien servie. [Roger Ware, 52:9:50]*

Lors de ses témoignages récents devant des comités de la Chambre des communes, y compris le Comité de l'industrie, le commissaire à la concurrence a plaidé pour qu'on modifie la loi afin de lui accorder de nouveaux pouvoirs de délivrer des ordonnances d'interdiction sans donner à la partie visée le droit de se faire entendre avant que l'ordonnance soit rendue et sans aucune autorisation du Tribunal de la concurrence. Le commissaire croit que ces pouvoirs extraordinaires sont nécessaires parce que les procédures et/ou les recours dont dispose actuellement le Bureau contre la menace des prix d'éviction sont insuffisants.

> [N]ous avons réclamé [le pouvoir de rendre des ordonnances d'interdiction] dans le [cas des] compagnies aériennes. Cette proposition figure dans le projet de loi [C-472]. C'est une piste qu'il faudrait explorer. Le problème avec les cas d'abus de position dominante, c'est que le processus est très long. Très souvent, avant que le Bureau ne termine son enquête et que des poursuites ne soient engagées, le plaignant a quitté le marché ou, encore, décidé qu'il a été suffisamment pénalisé et qu'il est inutile d'aller de l'avant avec la poursuite. Il ne veut pas une poursuite qui va s'étendre sur deux ans. Il se conforme donc aux règles que le joueur en position dominante essaie d'imposer. [Konrad von Finckenstein, 43:9:25]

Rôle du Tribunal

Le Tribunal de la concurrence a été créé en 1986, lorsque le Parlement a effectué des réformes majeures de la législation sur la concurrence au Canada et remplacé la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* par la *Loi sur la concurrence*. Il s'agit d'un tribunal spécialisé dont les membres connaissent bien l'économie, les affaires et le droit, et qui instruit toutes les demandes soumises aux termes des parties VII.1 et VIII de la *Loi sur la concurrence* et rend des décisions à leur sujet aussi informellement et rapidement que les circonstances et l'équité lui permettent. Le Tribunal a un pouvoir strictement décisionnel et

ses activités sont indépendantes de tout ministère. Il ne possède pas de pouvoirs d'enquête et ne donne pas de conseils au gouvernement. Sa fonction se limite à instruire les demandes et à rendre des ordonnances.

Le Tribunal ne comprend pas plus de quatre membres judiciaires, nommés parmi les juges de la section de première instance de la Cour fédérale, et pas plus de huit autres membres. Ceux-ci sont nommés par le gouverneur en conseil, sur recommandation du ministre de l'Industrie.

Dans le domaine de la concurrence et plus particulièrement dans le cas des affaires susceptibles d'examen au civil aux termes de la partie VIII, le commissaire exerce son pouvoir de direction en tant qu'enquêteur et poursuivant. Par l'exercice de son pouvoir judiciaire, le Tribunal contrôle ce pouvoir de direction pour empêcher qu'il ne soit mal utilisé, consciemment ou par inadvertance. Le commissaire peut donc être considéré comme l'enquêteur et le poursuivant, et le Tribunal comme le juge. Pour faire cesser certains agissements, le commissaire a recours au Tribunal, à qui il fait valoir, en s'appuyant sur la prépondérance des probabilités, que les circonstances justifient le recours demandé.

Parmi les nombreuses mesures de redressement possibles, on a régulièrement recours à une injonction permanente ou provisoire (« ordonnance d'interdiction » ou « ordonnance de cesser et de s'abstenir »). Les ordonnances provisoires sont rendues dans trois cas :

1. Conformément à l'article 33, le procureur général peut demander à un tribunal de rendre une ordonnance en attendant que les procédures prévues à la partie VI (Infractions relatives à la concurrence) ou relatives à la violation d'une ordonnance rendue conformément à la partie VII.1 (Marketing trompeur) ou à la partie VIII (Affaires que le tribunal peut examiner) soient engagées ou achevées. Dans ce cas, le commissaire doit convaincre le Tribunal, d'après la prépondérance des probabilités, que si l'ordonnance n'est pas rendue, il en résultera, pour la concurrence, un préjudice auquel il ne peut être adéquatement remédié en vertu d'une autre disposition de la *Loi* et qu'une personne subira vraisemblablement des dommages dont elle ne pourra obtenir juste réparation *et* l'évaluation comparative des inconvénients favorise le demandeur.
2. Selon l'article 104, pour ce qui est des affaires visées à la partie VIII, lorsqu'une demande d'ordonnance lui a été faite, le Tribunal rend l'ordonnance qu'il considère justifiée conformément aux principes normalement pris en considération par les cours supérieures lorsqu'elles accordent un redressement. Pour rendre une ordonnance provisoire la cour doit premièrement conclure qu'un préjudice irréparable sera subi si l'injonction n'est pas prononcée. Au cours de cette première étape, il s'agit seulement de déterminer si le refus d'accorder un redressement fera subir un préjudice qui ne pourrait être réparé si la décision éventuelle sur le fond ne s'accorde pas avec le résultat de la demande. Un préjudice est irréparable lorsqu'il ne peut être évalué sur le plan monétaire ou qu'il ne peut être réparé, habituellement

parce qu'une des parties ne peut réclamer le versement de dommages de l'autre. Si ce premier critère est respecté, il faut deuxièmement déterminer laquelle des parties subira le préjudice le plus grave par suite de l'injonction ou du refus de celle-ci, en attendant de régler le différend par une décision sur le fond.

3. En vertu de l'article 100 — dans le cas de fusions seulement — quand le commissaire n'a pas soumis la fusion au Tribunal mais qu'une ordonnance provisoire peut être rendue en vertu de l'alinéa 10(1)*b*) relativement à une infraction possible visée aux parties VI ou VII et qu'il faut plus de temps pour l'achever. Dans ce cas, il faudrait que l'absence d'une ordonnance provisoire réduise sensiblement l'aptitude du Tribunal à remédier à l'influence de la fusion proposée sur la concurrence. L'ordonnance provisoire prévoit ce qui, de l'avis du Tribunal, est nécessaire et suffisant pour parer aux circonstances de l'affaire, et sa durée ne peut dépasser 30 jours.

On a souvent soulevé la question importante du temps qu'il faut pour obtenir une ordonnance provisoire d'interdiction du Tribunal. Si on convenait généralement qu'il faut attendre longtemps un jugement définitif, on ne s'entendait pas entièrement sur la rapidité avec laquelle le Tribunal rend une ordonnance provisoire. Selon les estimations d'un avocat ayant une vaste expérience du droit de la concurrence, il faut entre une heure et deux semaines.

> On se présente devant le Tribunal et on l'obtient dans l'heure. Il ne faut pas deux ans. [...] Il faut qu'il dispose d'un pouvoir, mais je pense qu'on peut le faire par ce moyen. [Warren Grover, 46:11:20]

Ainsi que son nom le laisse entendre, cette ordonnance interdit à la personne visée un comportement donné. Elle peut être rendue en se basant sur les principes normalement pris en considération par les cours supérieures lorsqu'elles accordent un redressement interlocutoire. Dans le cas de prix d'éviction, il y a préjudice irréparable si leur but est de vendre des produits moins chers qu'un concurrent de façon à forcer ce dernier à mettre un terme à ses activités dans son industrie.

Sous réserve des dispositions de la *Loi* qui limitent expressément la durée de l'ordonnance, les effets et la durée de l'application de l'ordonnance provisoire dépendent de ce que le Tribunal estime nécessaire dans les circonstances. Après que l'ordonnance provisoire est rendue, le commissaire est tenu de compléter les procédures aussi rapidement que possible.

Propositions d'accorder de nouveaux pouvoirs d'interdiction

Il est proposé dans le projet de loi C-472 des modifications à la *Loi sur la concurrence* qui accorderaient au commissaire le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires d'interdiction (qui demeureraient en vigueur pour une période ne dépassant pas 80 jours), sans solliciter au préalable l'autorisation du Tribunal si le commissaire estime que les mesures ordonnées sont nécessaires pour ne pas nuire à la concurrence

ou pour éviter de causer des dommages à une autre personne ». Il faudrait aussi que les conditions suivantes soient remplies : 1) le commissaire a commencé une enquête en vue de déterminer si les agissements de la personne ont donné lieu à une situation visée à l'article 79; 2) le commissaire estime qu'en cas de non-prononcé de l'ordonnance, la concurrence subira vraisemblablement un préjudice auquel le Tribunal ne pourra adéquatement remédier ou un concurrent sera vraisemblablement éliminé ou une personne subira vraisemblablement une réduction importante de sa part de marché, une perte importante de revenus ou des dommages auxquels le Tribunal ne pourra adéquatement remédier; 3) le commissaire peut rendre l'ordonnance sans préavis et sans donner au préalable à qui que ce soit la possibilité de présenter des observations. Une personne visée dans une ordonnance provisoire du commissaire peut s'adresser au Tribunal pour la faire annuler ou modifier.

Les témoins se sont montrés largement en faveur du principe d'accorder rapidement le redressement relatif à des prix d'éviction; toutefois, l'idée d'accorder au commissaire de nouveaux pouvoirs d'interdiction s'est heurtée à une grande opposition. Les arguments contre sont résumés dans les paragraphes suivants.

La partie contre qui est dirigée une demande d'ordonnance n'aurait pas le droit d'être avisée de la demande. Celle-ci serait entendue sans qu'elle ait l'occasion d'exposer des arguments ou de présenter une preuve. Cette façon de faire créerait vraisemblablement des difficultés pour les tribunaux canadiens :

> S'il n'y a pas d'avis, c'est parce que le commissaire émet lui-même une ordonnance. Les tribunaux détestent cela et, dans notre tradition judiciaire, les demandes d'ordonnance ex parte sont très rares. [Stanley Wong, 48:11:25]

Sans avis, la partie visée serait mise devant le fait accompli, obligée de se conformer à une ordonnance qui aurait la même force qu'une ordonnance judiciaire, sous peine d'une amende ou de l'emprisonnement. Une fois l'ordonnance prononcée, cette partie pourrait présenter une demande en vue de la faire annuler.

Le fardeau de la preuve serait renversé; autrement dit, plutôt que le commissaire ait à prouver que l'ordonnance doit être rendue, ce serait la personne visée par cette ordonnance qui devrait prouver que l'ordonnance doit être annulée. Cela serait sans doute contraire aux principes d'une procédure équitable, et exposerait la *Loi* à une révision judiciaire aux termes de l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*.

Il y aurait un autre risque de révision judiciaire, parce que le commissaire serait à la fois poursuivant et juge. Des principes similaires ont été mis en jeu dans l'affaire *Hunter* c. *Southam*[11], fondée sur la *Charte*.

> Le problème de fond, c'est celui que le juge en chef Brian Dickson a indiqué dans l'affaire *Hunter* c. *Southam*, qui est devenu un arrêt clé de la Cour suprême du

---

11 [1984] 2 R.C.S. 145.

> Canada : il ne convient pas qu'un agent de maintien de la loi ait la capacité juridique d'intervenir dans la même affaire. Autrement dit, on ne devrait pas autoriser qui que ce soit à rendre des ordonnances dans le cadre de ses propres enquêtes. [Tim Kennish, 44:9:20]

Dans cette affaire, le directeur des enquêtes et recherches (prédécesseur du commissaire) était habilité par la *Loi* à effectuer des fouilles et des perquisitions dans les lieux où un mandat l'y autorisait. Mais le mandat de perquisition n'avait pas été donné par un juge, sinon par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. Ainsi, une direction de la Commission avait mené l'enquête et une autre avait décerné le mandat. Au nom du banc unanime de la Cour suprême, le juge en chef Dickson a conclu que cela était contraire aux dispositions relatives aux « fouilles, perquisitions ou saisies abusives » de l'article 8 de la *Charte*. La Cour a conclu qu'une autorité judiciaire indépendante doit décerner le mandat (c.-à-d. un organisme qui ne participe pas à l'enquête) et qu'elle doit le faire en se basant sur une preuve soumise par le requérant. Le directeur, en tant qu'enquêteur et poursuivant, était tenu de prouver devant un organisme judiciaire indépendant qu'il était nécessaire de décerner le mandat de perquisition.

Un principe analogue s'appliquerait, semble-t-il, dans le cas du prononcé d'une ordonnance provisoire : le commissaire pourrait rendre une ordonnance si, d'après lui, le Tribunal ne fournit pas un redressement adéquat. Dans ce cas, le commissaire ferait non pas une, mais deux déterminations judiciaires : 1) le Tribunal ne fournit pas de recours adéquats; 2) la perpétration d'une infraction a été suffisamment prouvée pour qu'une injonction soit délivrée. Cela soulève certaines questions chez les témoins : sur quels critères le commissaire se fonde-t-il pour décider que le Tribunal a agi adéquatement? quel contrôle serait exercé pour prévenir l'exercice de ce pouvoir à mauvais escient? Seule la partie visée par l'ordonnance pourrait l'exercer; après que l'ordonnance a été rendue (fait accompli), cette partie pourrait présenter une demande au Tribunal et prouver qu'elle doit être annulée. Elle ne pourrait s'adresser qu'à ce tribunal et à aucun autre tribunal civil pour demander l'examen de l'utilisation du pouvoir d'interdiction par le commissaire. Si un délai s'écoulait avant que le Tribunal n'instruise la demande, le demandeur subirait donc un préjudice.

Un troisième argument contre a trait aux conséquences négatives possibles de l'exercice du pouvoir d'interdiction. Si une simple accusation d'avoir pratiqué des prix d'éviction suffisait à permettre au commissaire d'accorder une injonction provisoire, un intervenant de l'industrie pourrait engager le commissaire à rendre en toute bonne foi une ordonnance avec un effet doublement négatif : 1) maintenir des prix élevés pour les consommateurs et 2) protéger une entreprise non compétitive des effets d'une saine concurrence. Naturellement, le commissaire mènerait une enquête complète sur la question, s'il en avait le temps. Mais c'est précisément parce que le temps est un facteur essentiel et que celui dont il dispose ne lui permet pas de mener une enquête complète que le commissaire affirme qu'il a besoin de nouveaux pouvoirs. Si le commissaire avait le temps de mener une enquête complète, il soumettrait simplement les résultats de celle-ci au Tribunal, ainsi qu'il est actuellement tenu de le faire. Il serait donc possible que le commissaire, n'ayant pas eu le temps de compléter une enquête, rende une ordonnance

en se basant sur une accusation de pratique de prix d'éviction dont le bien-fondé n'a pas été prouvé. Bien sûr, si des prix d'éviction ont effectivement été pratiqués dans une industrie, cette ordonnance aurait pour effet de remédier à un préjudice manifeste. Mais selon certains économistes, les données recueillies au Canada et aux États-Unis au sujet des facteurs économiques indiquent qu'on cherche rarement à pratiquer des prix d'éviction et qu'on réussit encore moins souvent à le faire. Si aucun prix d'éviction n'est pratiqué, l'effet de l'ordonnance serait de protéger une entreprise non compétitive et de maintenir des prix élevés pour les consommateurs, du moins à court terme.

> La seule chose que je tiens à dire[,] c'est qu'il ne faut pas oublier le résultat[,] d'augmenter les prix et non pas de les abaisser. Nous allons demander aux consommateurs de payer [...] davantage pour protéger un concurrent parce que nous croyons qu'à long terme, cela entraînera une baisse des prix. C'est très bien si c'est effectivement ce qui se passe, mais si cela n'a d'autre effet que de protéger un concurrent, augmenter les prix pour le consommateur alors que nous n'avions pas nécessairement à le faire... [...] Je ne pense pas que les consommateurs doivent s'en trouver pénalisés. [Margaret Sanderson, 48:11:25]

Il faudrait donc se demander à quelle fréquence les prix d'éviction sont effectivement pratiqués, par opposition au nombre de fois où on a prétendu qu'ils l'étaient. Le Comité a entendu là-dessus le témoignage de plusieurs économistes. Ils ne s'entendaient pas parfaitement sur la fréquence de cette pratique prédatoire, mais étaient d'accord qu'elle est alléguée beaucoup plus souvent qu'elle n'est prouvée. C'est-à-dire que la pratique existe, mais que la difficulté de s'acquitter du fardeau de la preuve en matière pénale (« hors de tout doute raisonnable ») peut empêcher le commissaire de soumettre un dossier au Tribunal. De plus, comme les budgets réservés à l'application de la *Loi* sont grevés, le commissaire doit choisir les affaires où il a le plus de chances d'avoir gain de cause. Ainsi, il se peut bien que plusieurs cas de prix d'éviction ne fassent pas l'objet de poursuites (la dynamique des prix d'éviction est étudiée plus en détail au chapitre 3).

Plusieurs membres du Comité ont mis en relief des cas de pratiques prédatoires possibles et souligné leur effet dévastateur sur les petites et moyennes entreprises (PME). Des économistes ont fait ressortir au Comité que la perte d'un seul concurrent ne nuit pas nécessairement à la concurrence, mais qu'elle *peut* certainement avoir cet effet :

> Toute plainte adressée au Bureau de la concurrence dans des cas de pratiques abusives émane d'un concurrent. C'est toujours une histoire terrible; quelqu'un qui est sur le point de faire faillite. [Q]uelqu'un est en train de se plaindre d'une faillite imminente. Cela ne causera pas nécessairement de tort aux consommateurs [...] [Margaret Sanderson, 48:11:15]

Évaluer la concurrence dans un marché donné ne consiste pas simplement à dénombrer les entreprises. En effet, l'exemple de Coke et de Pepsi illustre qu'il peut y avoir une vive concurrence même s'il n'y a que deux participants au marché. Le calcul de l'impact de la perte d'un concurrent demande une analyse détaillée de la situation particulière de l'industrie, notamment de l'emprise sur le marché, de l'existence et de la

proximité de substituts, de l'élasticité de la demande par rapport aux prix et des obstacles à l'entrée. Les PME risquent davantage de se casser les reins dans un marché de plus en plus dominé par des grosses entreprises qui, réalisant de plus grandes économies, sont en mesure d'offrir aux consommateurs des prix qui sont hors de portée des PME. Il en résulte, du moins à court terme, une baisse des prix à la consommation. À long terme, toutefois, il y a un risque qu'une fois qu'elles auront évincé les petits concurrents, les grosses entreprises augmenteront les prix pour récupérer les pertes qu'elles ont encourues pour y parvenir. Si les obstacles à l'entrée sont petits, bien sûr, les prix en hausse attireront de nouveaux venus, et la concurrence les fera baisser à nouveau. Ainsi, si la perte d'un concurrent peut nuire à la concurrence, elle n'a pas nécessairement cet effet. Des témoins experts ont souligné que la *Loi sur la concurrence* protège la concurrence et non les concurrents. Ce qui ne veut pas dire que la *Loi* ne servira jamais à protéger un concurrent *si* sa faillite portait préjudice à la concurrence. En bout de ligne, cependant, le critère est l'impact de la faillite sur la concurrence et non sur l'entreprise.

L'argument le plus convaincant contre l'octroi de nouveaux pouvoirs au commissaire est peut-être que le même résultat — intervention rapide contre des prix d'éviction — pourrait être obtenu plus facilement par une modification relativement simple en deux étapes, qui protégerait le droit de toutes les parties. La première étape consisterait à accélérer le processus du Tribunal pour le prononcé d'ordonnances provisoires; la deuxième, à modifier l'article 100 de la *Loi* pour augmenter le nombre de circonstances où le commissaire peut demander une injonction provisoire.

> [Selon] l'article 100, le commissaire certifie qu'il a entamé une enquête au terme de l'article 10, [...] qu'il a des raisons de croire qu'une ordonnance est justifiée, qu'il a besoin de plus de temps pour terminer son enquête [...] et que la concurrence va subir des torts auxquels le Tribunal ne pourra remédier. [S]i vous généralisez... Je suis étonné. Je l'ai dit directement au commissaire et je ne parle donc pas derrière son dos. Il faudrait s'orienter vers un pouvoir généralisé. Vous obtiendrez exactement ce que vous voulez et cela répondrait à toutes ces exigences. [Stanley Wong, 48:11:30]

Les plaideurs privés — si l'accès privé au Tribunal était accordé (voir le chapitre 6) — pourraient aussi profiter de la procédure simplifiée d'injonction. Les victimes de pratiques prédatoires ne dépendraient plus de la décision du Bureau pour instituer un recours en justice. Comme il en a été question au chapitre 6, la décision de soumettre une affaire au Tribunal n'est peut-être pas prise en fonction du bien-fondé de la plainte, mais plutôt de l'argent disponible pour l'application de la *Loi*. Le plaideur privé, qui connaît bien les circonstances de l'affaire, est plus à même de constituer un dossier convaincant en temps opportun. Ce droit d'accès donnerait à une entreprise les moyens de réagir rapidement pour se défendre contre le prédateur. Bien sûr, elle le ferait à ses propres frais et risques, mais ce facteur n'empêcherait pas la présentation des plaintes légitimes.

Solutions de rechange

Plusieurs témoins ont laissé entendre qu'en apportant quelques modifications à la *Loi* actuelle, on pourrait élargir les règles relatives aux ordonnances provisoires pour accélérer le processus du Tribunal dont la lenteur préoccupe le Comité.

En vertu de l'article 100, le commissaire peut demander une ordonnance provisoire à l'égard d'une fusion lorsqu'il : 1) a entrepris l'enquête prévue à l'article 10; 2) a besoin de plus de temps pour achever l'enquête; et 3) que le Tribunal constate qu'en l'absence d'ordonnance sa capacité de remédier aux conséquences de la fusion envisagée serait passablement réduite. Il a été suggéré qu'en « généralisant » cet article pour permettre au commissaire de présenter une demande pour toute affaire — non seulement une fusion — à l'égard de laquelle il a entrepris une enquête, on réaliserait le même objectif (c.-à-d. une action rapide contre ceux qui pratiquent des prix d'éviction), tout en garantissant une procédure régulière.

Le fardeau de la preuve dont doit s'acquitter le demandeur pour obtenir une ordonnance est une question dont il faudrait s'occuper. En accordant une injonction, le Tribunal présuppose qu'une infraction a été perpétrée et qu'elle continuerait de l'être sans l'injonction. Si l'instruction ultérieure révèle qu'il n'y a pas eu infraction, la partie contre qui est dirigée l'injonction aura été empêchée à tort de poursuivre une activité commerciale légitime et aura probablement subi des pertes importantes en conséquence. Pour cette raison, quand une action normale au civil donne un tel résultat[12], la partie demanderesse doit payer les dommages subis par la partie visée. Pour la même raison, le Tribunal devrait exiger que le demandeur établisse, à tout le moins, la présomption de l'infraction au moment de la demande. S'acquitter du fardeau de la preuve dans une affaire de prix d'éviction serait difficile : la pratique constitue actuellement une infraction d'ordre pénal qui doit être prouvée hors de tout doute raisonnable. Établir la présomption d'une infraction pénale exige beaucoup plus qu'établir la présomption d'une infraction susceptible d'examen au civil, où le fardeau de la preuve consiste à montrer la prépondérance des probabilités. Toutefois, en modifiant la *Loi* pour faire des pratiques prédatoires une infraction susceptible d'examen au civil (voir le chapitre 3), le critère moins exigeant du droit civil s'appliquerait.

Il importe aussi de noter que d'établir la présomption, ou cause probable d'action, est beaucoup moins exigeant que d'établir la preuve d'une infraction présumée selon la prépondérance des probabilités :

> « Le seuil » n'est pas très élevé. Qu'est-ce qui constitue généralement une cause probable d'action? Il suffit d'avoir certaines preuves d'une influence sur le marché. Est-il nécessaire de se livrer à une évaluation approfondie? Non. Vous pensez que certaines personnes ont une part importante du marché et qu'il y a d'assez gros obstacles à surmonter pour entrer sur ce marché. C'est tout. [Margaret Sanderson, 48:11:30]

---

12 Voir, par exemple, la règle 40 des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario.

Ayant entendu les témoignages et étudié les mémoires de tous les témoins, le Comité estime qu'il y a lieu:

15. **Que le gouvernement du Canada, en consultation avec les intervenants, étudie plus à fond la possibilité de modifier l'article 100 de la *Loi sur la concurrence* (et d'autres dispositions de la *Loi* en conséquence) afin qu'il s'applique aux affaires susceptibles d'examen au civil par le Tribunal et à l'égard desquelles soit une enquête a été amorcée aux termes du paragraphe 10(1) soit une demande a été déposée par une partie privée dans le sens de la constatation n° 14.**

CHAPITRE 8 :

L'INDUSTRIE DES JOURNAUX, UNE DIVERSITÉ D'OPINIONS ET LA *LOI SUR LA CONCURRENCE*

> *On ne retrouve dans aucune démocratie libérale occidentale une concentration aussi élevée qu'au Canada dans ce secteur. Cela a des conséquences très graves pour les journalistes, les lecteurs, l'emploi et la démocratie. [Gail Lem, 52:10:35]*
>
> *Les questions de concurrence sont génériques. On peut appliquer à tous les marchés les mêmes outils analytiques. Les mêmes enjeux analytiques sont présents dans tous les marchés. À mon avis, il n'est pas nécessaire d'adopter une politique sur la concurrence qui s'applique uniquement à telle ou telle industrie. [Donald McFetridge, 44:9:05]*

D'après certains observateurs, il ne convient guère que le Comité étudie une industrie particulière — en l'occurrence, l'industrie des journaux — dans le contexte d'un examen de la *Loi sur la concurrence*, une loi d'application générale. L'étude actuelle a été conçue en juin 1999, bien avant les annonces récentes par Hollinger et Thomson sur les cessions de journaux qu'ils envisagent. Depuis trois décennies, la tendance à une plus grande concentration de la propriété dans ce secteur inquiète de plus en plus les Canadiens. Dans l'intervalle qui s'est écoulé entre la conception de l'étude par le Comité et l'étude elle-même, l'industrie des journaux a été passablement bouleversée. Bien que les annonces faites par Thomson et Hollinger semblent « changer la donne », le résultat final de ces décisions demeurera incertain, du moins jusqu'à ce que des acheteurs éventuels se manifestent. Bien entendu, l'acquisition des journaux en question par une seule entité pourrait susciter encore davantage de préoccupations sur le plan de la concurrence. Le Comité croit que ces « nouvelles donnes » potentielles de même que les problèmes liés à la concentration des journaux continueront d'inquiéter sérieusement les Canadiens. En outre, par suite du développement rapide et généralisé des médias électroniques au cours de la dernière décennie, la nature du débat a considérablement changé depuis les années 1970 et 1980. C'est pourquoi le Comité, dans le contexte de son étude de la *Loi sur la concurrence*, a décidé d'examiner les liens entre la législation dans ce domaine et le commerce des journaux.

Ces liens sont souvent difficiles à saisir, notamment à cause des considérations particulières qui, selon beaucoup de gens, s'appliquent à l'industrie des journaux. S'il est vrai qu'à un certain niveau on peut dire qu'elle ne se distingue en rien des autres, il importe tout autant de reconnaître le rôle unique que jouent les journaux dans le quotidien de millions de Canadiens, lesquels se fient à cette source pour se forger une opinion sur les questions d'actualité. C'est cette double perception qui rend difficile la relation entre cette industrie et les principes du droit de la concurrence qui se sont dégagés au Canada au cours du dernier siècle.

Diversité d'opinions et concentration de la propriété

Ce n'est pas d'hier que la concentration de la propriété dans l'industrie des journaux suscite des inquiétudes. Comme l'a expliqué un témoin, la question a déjà été abordée :

> Au début de 1980, énormément de quotidiens ont changé de main [...] cette situation n'a pas favorisé une déconcentration de la presse. Au contraire, un nombre plus restreint de propriétaires allaient désormais posséder tous ces journaux. [...] si bien qu'au lieu d'avoir trois chaînes sur le marché, il n'y en avait désormais plus que deux très grosses. En réaction, le gouvernement a nommé une commission royale qui est parvenue à la conclusion évidente que le phénomène de concentration dans la presse canadienne, déjà exceptionnel pour un pays démocratique, allait continuer de prendre de l'ampleur sauf si le Parlement adoptait des mesures préventives. [Tom Kent, 54:15:35]

Le gouvernement de l'époque n'a pas pris de mesures décisives et « l'inévitable s'est produit ». Toutefois, selon M. Kent, « M. Black connaissant des difficultés et le groupe Thomson ayant modifié sa stratégie commerciale, on se trouve face à une nouvelle possibilité de déconcentration de la presse. » [Tom Kent, 54:15:35].

M. Kent n'a pas été le seul à exprimer des préoccupations à cet égard; d'autres témoins y ont fait écho en fournissant des détails :

> [En] 1970, les quotidiens indépendants représentaient environ 40 % du tirage des journaux de langue anglaise et 50 p. 100 de celui des journaux de langue française. Aujourd'hui, les journaux indépendants représentent moins de 4 % du tirage des quotidiens de langue anglaise et la chaîne Hollinger de Conrad Black contrôle à elle seule 45,4 p. 100 de ces quotidiens. Cela signifie que près de la moitié des lecteurs et des lectrices de quotidiens au Canada reçoivent leur information de la même source. Trois autres grandes chaînes, soit Québécor Inc., Torstar Corp. et Thomson Corp., contrôlent les 50 p. 100 qu'il reste du tirage des quotidiens de langue anglaise. La situation est semblable sur le marché de langue française car Québécor contrôle près de 45 p. 100 du tirage des quotidiens. À l'échelle régionale, il y a des monopoles aberrants. Dans quatre provinces, un seul propriétaire contrôle toute l'industrie des quotidiens — la famille Irving au Nouveau-Brunswick et Hollinger dans l'Île-du-Prince-Édouard, à Terre-Neuve et en Saskatchewan. [Gail Lem, Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, 52:10:40]

Les effets de la concentration sont le plus marqués à l'extérieur des grands centres urbains :

> Au niveau local, la situation est la même. Dans le grand marché métropolitain de Toronto, il existe quatre quotidiens de langue anglaise, ce qui fait de Toronto une des villes les plus dynamiques d'Amérique du Nord sur le plan de la presse écrite. À Montréal, il existe trois quotidiens de langue française et un de langue anglaise. Mais lorsqu'on s'éloigne des grands centres, il n'y a que quelques villes où il y ait vraiment de la concurrence. À part ces sept ou huit villes, les grandes chaînes de journaux ont tout simplement supprimé la concurrence. Elles se sont achetées entre elles ou ont fermé les journaux. [Gail Lem, 52:10:40]

L'une des conséquences évidentes d'une plus grande concentration est que le marché de l'emploi rétrécit pour les journalistes : « Lorsque de grandes chaînes rachètent des journaux, et en particulier quand elles en achètent un grand nombre à la fois, la première chose qui se produit habituellement est que l'on congédie des journalistes. » [Gail Lem, 52:10:40]. Toutefois, l'enjeu ne se limite pas à la perte d'emplois pour les journalistes. La qualité et la quantité de l'information peuvent également en souffrir :

> Si vous parlez à un journaliste, vous risquez de découvrir qu'il s'inquiète en silence de l'état du journalisme au Canada ainsi que de l'intégrité et de la qualité de son métier [...] Les journalistes parlent de la réduction brutale qu'a connue le contenu des journaux. La gamme des articles dignes d'être publiés est de plus en plus restreinte. Et les ressources consacrées au journalisme d'enquête ont pratiquement disparu. [Gail Lem, 52:10:35]

Bien entendu, le contrôle du contenu rédactionnel devient manifeste lorsque des journalistes sont licenciés, mais l'impact peut être plus systémique :

> Les grands patrons prétendent qu'ils n'abusent pas de leurs pouvoirs, qu'ils ne s'ingèrent pas dans les nouvelles et l'opinion [...] et au quotidien, c'est grandement le cas. Les patrons de presse sont trop occupés. Cependant, ce sont eux qui choisissent les responsables de leurs journaux. À l'intérieur d'une chaîne de journaux, le moule est coulé. On peut tolérer un peu de dissidence d'un chroniqueur ou deux, mais pour l'essentiel, le groupe représente un point de vue unique. Je crois qu'on pourrait difficilement reprocher à M. Black de ne pas être le maître idéologique de ses journaux, pas moins qu'un autre célèbre Canadien qui, lui, est devenu lord Beaverbrook. [Tom Kent, 54:15:40]

En outre, le phénomène ne se limite pas aux journaux nationaux :

> L'expansion des chaînes a également influencé les journaux communautaires. C'est un aspect dont on ne parle pas beaucoup, mais les journaux communautaires appartiennent à Hollinger ou à des filiales d'Hollinger et aux autres grandes chaînes. [Gail Lem, 52:10:40]

Le Bureau de la concurrence et les journaux

Les témoignages présentés au Comité font ressortir deux points de vue diamétralement opposés quant à la façon dont on devrait considérer les journaux. Il y a d'une part celui des journalistes :

> Les médias d'information ne sont pas un secteur d'affaires comme les autres. Leur produit a une puissante influence sur les orientations politiques, sociales et économiques. Cela demeure vrai malgré les efforts déployés ces dernières années par les propriétaires de médias et les éditeurs de journaux pour prendre leur distance par rapport à cette influence, peut-être afin de justifier leur recherche du profit au détriment de la qualité du journalisme. [Gail Lem, 52:10:35]

D'un autre côté, M. Gaston Jorré, chef de la Direction des fusionnements au Bureau de la concurrence, souligne l'uniformité de l'approche du Bureau, laquelle ne varie pas pour l'industrie des journaux :

> La *Loi sur la concurrence* est une loi d'application générale. Donc, les principes fondamentaux et l'approche fondamentale appliqués aux journaux sont les mêmes que pour toute autre industrie. Quand un fusionnement est projeté, quelle que soit la taille des entreprises, il doit obligatoirement nous être déclaré. Le premier critère que nous utilisons est de savoir si le fusionnement provoquera une baisse sensible de la concurrence. [Gaston Jorré, 43:11:10]

Essentiellement à caractère économique, l'analyse du Bureau porte avant tout sur la publicité. À l'instar de la télévision, les journaux sont d'abord un véhicule pour la publicité, de loin leur principale source de revenu. D'un point de vue commercial, le principal produit d'un journal est donc l'audience qu'il crée pour les annonceurs, son premier client n'étant pas, comme on pourrait le supposer, le lecteur, mais plutôt l'annonceur. Par conséquent, la question essentielle à trancher pour le Bureau est de savoir comment une transaction proposée influerait sur le tarif de publicité exigé. Et pour y répondre, il faut connaître le marché.

De façon générale, la publicité se répartit en deux catégories. Il y a d'une part la publicité « nationale » ou « d'image », qui cherche à promouvoir une marque et vise une audience non régionale. On pourrait citer à cet égard (en prenant le *Globe and Mail* comme exemple) les annonces placées régulièrement par des compagnies comme Harry Rosen (vêtements pour hommes) ou Dell Computers. Le second type d'annonce vise à promouvoir les ventes au détail; cette publicité ciblera de préférence une audience locale en annonçant une vente particulière dans un magasin particulier situé à tel ou tel endroit. Il est donc évident que le marché pour la publicité dans les journaux peut être local ou national, tout dépendant du produit ou, plus exactement, du consommateur visé par l'annonceur.

Dans quelle mesure une transaction proposée risque-t-elle d'influer sur les tarifs de publicité exigés par les journaux? Cela dépend largement de l'emprise du journal sur le marché, laquelle n'est pas seulement fonction du nombre de journaux vendus, par exemple *Le Droit* par rapport au *Journal de Montréal*. D'autres facteurs entrent dans l'équation, y compris la disponibilité de produits de substitution. Si un journal local augmente son tarif, l'annonceur peut décider de passer à un autre média — la télévision, la radio, les panneaux publicitaires, les circulaires ou Internet. La possibilité d'opter pour un autre média dépend dans une large mesure de ce qu'il en coûtera à l'annonceur. En ce sens, le « coût » est évalué de façon large; il ne s'agit pas uniquement des frais additionnels du nouveau média, mais également de l'efficacité avec laquelle ce dernier permet à l'entreprise de cibler ses consommateurs. Un repli des ventes résultant du changement entrerait également dans les « coûts de substitution ». Bien entendu, la transition peut être avantageuse — par exemple, un marchand d'autos usagées pourrait trouver plus profitable d'annoncer dans l'*Auto Trader* que dans l'*Ottawa Citizen*. Par contre, un détaillant de produits électroniques n'aurait peut-être pas de telles solutions de rechange à sa disposition. Des études démographiques montrent que certaines

catégories de personnes ont tendance à préférer certains médias. Entre autres, les diplômés d'université sont plus susceptibles de lire le *Globe and Mail* ou le *National Post* que le *Sun*. D'autres groupes démographiques peuvent privilégier les périodiques, la télévision, la radio ou Internet comme source d'information. Par exemple, des études de marché indiquent que le *Sun* est le journal préféré des hommes de 18 à 25 ans qui ont reçu une instruction secondaire. Il s'ensuit qu'un annonceur dont le produit s'adresse à ce groupe peut avoir très peu d'autres possibilités, même dans un marché en apparence concurrentiel comme celui de Toronto, une ville comptant quatre grands quotidiens.

Ces quelques considérations font ressortir à quel point il peut être complexe d'analyser les médias d'information du point de vue de la concurrence. On constate également que le Bureau base son analyse sur des éléments quantifiables, par exemple : de combien le tarif doit-il augmenter avant qu'il y ait substitution? La situation se corse lorsqu'on veut appliquer la *Loi sur la concurrence* dans le contexte du contenu rédactionnel. Comment peut-on attacher un prix à la diversité de ce contenu? Comment peut-on *chiffrer* la manière dont un changement à la direction d'un journal influe sur l'opinion publique?

Objectifs de la *Loi sur la concurrence*

L'article 1 de la *Loi sur la concurrence* énonce pour cette dernière les objectifs suivants :

> La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Le commissaire actuel et ses prédécesseurs ont toujours soutenu que le mandat du Bureau ne s'étendait pas au contenu rédactionnel. Un représentant du Bureau l'a exprimé ainsi :

> S'il y a un changement de propriété, celui-ci peut avoir divers effets sur la politique rédactionnelle, entre autres, mais cela ne va pas changer la nature du marché concurrentiel local. Vous n'aviez qu'un journal avant et vous n'en n'aurez qu'un après. Par contre, il y aura naturellement un problème si, par exemple, il y a deux journaux dans une ville et que le propriétaire de l'un deux décide d'acheter l'autre. Donc, nous n'examinons pas en particulier le contenu rédactionnel ou l'orientation rédactionnelle d'un journal sous l'angle de la politique de la concurrence. [Gaston Jorré, 43:11:05]

Certes cela ne peut être mis en doute, mais il faut en même temps reconnaître que, à tout le moins, la concentration croissante de la propriété suscite des préoccupations

légitimes concernant la diversité rédactionnelle. La question est la suivante : la politique de la concurrence peut-elle y changer quelque chose?

De façon générale, les quelques témoins qui ont comparu devant le Comité étaient d'accord avec la conclusion à laquelle est parvenue la Commission Kent en 1981, c'est-à-dire que la législation sur la concurrence ne constitue peut-être pas la meilleure façon de réglementer la propriété des journaux :

> La Campagne appuie la recommandation de la Commission Kent voulant que soit adoptée une loi distincte sur les journaux, qui imposerait de rigoureuses limites à la propriété et comprendrait des mécanismes encourageant une plus grande diversification des propriétaires canadiens. [David Robinson, Campagne pour la liberté de presse et de diffusion, 53:15:45]

En l'absence d'initiatives propres à l'industrie, cependant, des témoins ont fait valoir que certaines modifications à la *Loi sur la concurrence* permettraient au Bureau de répondre aux préoccupations exprimées. Le plus souvent, on suggérait d'élargir les objectifs de la *Loi* :

> À partir des lois existantes — la législation britannique sur les fusions et les monopoles — on pourrait modifier la *Loi sur la concurrence* de manière à donner au Bureau de la concurrence le pouvoir de tenir compte des répercussions des fusions et acquisitions envisagées sur l'industrie des journaux, c'est-à-dire non seulement sur la concurrence entre les entreprises, mais aussi sur la diversité de la rédaction. [David Robinson, 53:15:50]

Et

> Pour déterminer si un projet de fusion dans l'industrie des journaux empêche ou réduit la concurrence, le Bureau de la concurrence devrait examiner non seulement les intérêts commerciaux mais également l'intérêt public. Je sais que cela est une proposition inhabituelle. Il faudrait alors tenir compte des répercussions sur la diversité des sources des nouvelles et informations que ces journaux fournissent à la population canadienne. [Gail Lem, 52:10:55]

On a aussi suggéré d'étendre la portée de l'examen du Bureau, afin qu'il puisse examiner l'impact d'une acquisition proposée sur les marchés de l'emploi :

> Le Bureau de la concurrence, lorsqu'il examine les fusions et les acquisitions dans le secteur de la presse, ne devrait pas s'intéresser uniquement, comme il l'a fait jusqu'ici, à la concurrence qui concerne les recettes publicitaires, mais également à l'effet que de telles fusions peuvent avoir sur le marché du travail. En effet, lorsqu'il n'y a qu'un employeur, si vous êtes au chômage, vous n'avez guère d'options quand vous cherchez à travailler pour quelqu'un d'autre. [David Robinson, 53:15:50]

Et

> Notre deuxième recommandation, qui constitue elle aussi un changement important mais qui se justifie pleinement dans le climat actuel, est que, dans l'intérêt d'une presse libre et équitable, le Bureau de la concurrence tienne compte des

> répercussions sur les emplois et les ressources des salles de nouvelles lorsqu'il tente de déterminer si un projet de fusion dans l'industrie des journaux risque de réduire la concurrence. [Gail Lem, 52:10:5-55]

Les observateurs reconnaissent que la mise en œuvre de ces recommandations aurait de vastes retombées et impliquerait un réaménagement important des idées conventionnelles au sujet de la concurrence :

> J'estime que la concurrence est un bien fondamental dans une société comme la nôtre. Pour les moyens de production et l'ensemble du système économique, la concurrence est très importante. Mais il y a des situations spéciales — et peut-être ailleurs que dans les médias — où l'essentiel de la concurrence ne se joue pas au niveau de la vente, de la publicité et des finances, mais sur le plan de la réflexion et de l'ouverture sur les affaires publiques, l'essence même de la démocratie. [Tom Kent, 54:16:45]

M. Kent et d'autres témoins voudraient élargir les objectifs de la *Loi sur la concurrence* afin de permettre la prise en compte de ce qu'il est convenu d'appeler le « capital social » :

> Soyons une communauté de communautés. Il est très important, au Canada, de puiser le maximum dans notre diversité communautaire [...] La *Loi sur la concurrence* est un instrument tout prêt que nous pourrions utiliser ici, maintenant, très vite —moyennant des modifications que je qualifierais de mineures, un élargissement de portée qui permettrait de profiter d'une conjoncture favorable à la diversification. Je pense surtout, ici, à des journaux communautaires. Il est important de favoriser la propriété par les collectivités plutôt que par les grandes sociétés. [Tom Kent, 54:16:45]

Enfin, M. Kent a évoqué devant le Comité les conséquences de l'inaction :

> Il y a 20 ans, je pensais qu'il faudrait une loi distincte, mais aujourd'hui, vous avez la possibilité de faire tout cela dans le cadre de la *Loi sur la concurrence*. Si vous ne le faites pas, il se produira la même chose qu'en 1980, c'est-à-dire que ces journaux seront vendus à d'autres grandes sociétés et il n'y aura aucune amélioration sur les plans de la concurrence et de la diversité. [Tom Kent, 54:16:45]

Deux approches

On peut procéder de deux façons pour inclure dans les objectifs en question des considérations liées au « capital social » : 1) inclure directement dans la *Loi* des dispositions « sur mesure » pour les journaux; ou 2) investir le ministre du Patrimoine canadien de la décision finale d'approuver ou de rejeter une fusion ou une acquisition selon des critères différents de ceux énoncés dans la *Loi*.

La première méthode, consistant à modifier la *Loi* existante, soulève de sérieuses difficultés conceptuelles. Tout au long des audiences, les témoins n'ont cessé d'insister sur le fait qu'il s'agit d'une loi « cadre », c'est-à-dire qu'elle s'applique à l'industrie de façon générale. Pour la plupart, ils ont souligné l'importance de préserver l'application générale

de la *Loi*, et ils jugeaient qu'on ferait fausse route en établissant des dispositions spéciales pour une industrie quelconque, fût-elle aussi importante que celle des journaux sur le plan culturel.

Une autre difficulté inhérente à cette démarche serait son impact sur l'analyse du Bureau, laquelle, comme on l'a indiqué plus haut, est de nature économique et suppose — dans toute la mesure du possible — la quantification du comportement des marchés. Prévoir celui-ci, même à l'aide des modèles analytiques les plus perfectionnés, est loi d'être une science exacte. Selon toute évidence, les questions « sociales », comme celle de savoir de quelle façon un journal contribue à la solidarité de la collectivité ou favorise le pluralisme politique, sont intrinsèquement inquantifiables :

> L'intérêt que présente pour le public une vigoureuse concurrence entre les quotidiens ne peut pas être quantifié en dollars et en cents. Il a trait au nombre et à la qualité des voix indépendantes qui peuvent s'exprimer. [David Robinson, 53:15:55]

En définitive, il n'existe tout simplement pas de modèle analytique permettant d'exprimer des concepts sociaux de manière objective et significative. Or pour mettre en cause une opération proposée, le commissaire doit fournir une analyse convaincante et objective des retombées attendues sur les marchés. S'il voulait élargir les objectifs de la *Loi* de façon à prendre en compte de telles considérations, le Canada devrait effectuer un changement complet de paradigme; il devrait s'écarter de l'approche analytique utilisée à l'heure actuelle par les autorités antitrust partout dans le monde et adopter un modèle plus holistique non plus fondé sur des données économiques, mais sur les disciplines de la psychologie, de la sociologie et de la science politique.

Une autre option serait d'adopter un modèle hybride incorporant une analyse classique antitrust de même qu'une « analyse holistique ». Cette option comporterait-elle aussi des difficultés. Lequel des deux facteurs aurait le plus de poids? L'économique ou le social? De quelle façon le Tribunal évaluerait-il le bien-fondé des arguments des parties quant aux répercussions sociales de l'opération?

Enfin, il importe de reconnaître qu'un élargissement des objectifs de la *Loi* créerait un risque très réel de compromettre les objectifs initiaux. Lawson Hunter, ancien directeur du Bureau, a évoqué les dangers qu'il y a à « aller trop loin » :

> C'est une loi d'application générale, ce qui en fait un instrument très grossier. De ce fait, il s'agit d'un instrument très discrétionnaire. Il confère énormément de pouvoir aux responsables de la réglementation [...] Je pense qu'il vous faut en tenir compte lorsque vous considérez les pouvoirs et les attributions correspondant à ce poste. [Lawson Hunter, 46:9:25]

Avec cet unique instrument, le commissaire a la responsabilité de réaliser et de mettre en balance les objectifs de la *Loi*. À l'occasion, ces objectifs entrent en conflit — par exemple, il peut s'avérer impossible dans certains cas de « stimuler [...]

l'efficience » et d'assurer « à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer ». Compte tenu des difficultés que pose la conciliation des objectifs actuels de la *Loi*, on fait valoir que leur élargissement ferait de celle-ci non plus un instrument grossier de politique économique, mais un instrument grossier de politique économique et sociale, et qu'en fin de compte aucun des deux aspects ne serait traité adéquatement.

La deuxième méthode — créer des dispositions spéciales dans d'autres lois — offrirait l'avantage de préserver l'intégrité de la *Loi* actuelle. Au moins deux modèles existent déjà dans la législation. En vertu du premier, l'article 47 de la *Loi sur les transports au Canada*, le gouverneur en conseil « peut, par décret, sur recommandation du ministre et du ministre responsable du Bureau de la politique de concurrence, prendre les mesures qu'il estime essentielles à la stabilisation du réseau national des transports ou ordonner à l'Office de prendre de telles mesures [...] ». Pour pouvoir invoquer cet article, le gouverneur en conseil doit estimer : a) qu'une perturbation extraordinaire de la bonne exploitation continuelle du réseau national des transports — autre qu'un conflit de travail — existe ou est imminente; b) que le fait de ne pas prendre un tel décret serait contraire aux intérêts des exploitants et des usagers du réseau national des transports; et c) qu'aucune autre disposition de cette loi ou d'une autre loi fédérale ne permettrait de corriger la situation et de remédier à des dommages ou de les prévenir. Le paragraphe 47(7) est déterminant; il stipule en effet que « le présent article et les mesures prises sous son régime l'emportent sur la *Loi sur la concurrence* ». Le pouvoir d'examen du commissaire peut donc être suspendu par décret du gouverneur en conseil. De la même manière, si on apporte les modifications législatives voulues, le ministre du Patrimoine canadien pourrait suspendre l'examen par le commissaire d'une opération proposée.

Il existe une variation sur ce thème qui constitue un précédent, à l'article 224 de la *Loi sur les banques*, en vertu duquel le ministre des Finances doit consentir aux fusions. De même, le ministre du Patrimoine canadien pourrait avoir le « dernier mot » pour ce qui est d'approuver ou de refuser une transaction proposée relativement aux journaux.

Ces deux modèles posent des difficultés reliées au conflit d'intérêts. La presse est généralement perçue comme le « chien de garde » de la démocratie, donc en rivalité avec le gouvernement dans la mesure où elle force les représentants élus à rendre des comptes au public. Investir un ministre de la Couronne du pouvoir d'intervenir de façon aussi marquée dans ce type d'opérations serait vraisemblablement perçu comme de l'ingérence politique.

Restrictions à la propriété étrangère

En raison des restrictions imposées à la propriété étrangère, les journaux ne constituent pas un marché libre au Canada :

> [Il y a] au Canada des restrictions quant à la propriété. Elles contribuent sans aucun doute à la concentration. Quand il existe des restrictions à la propriété dans une

> industrie, qu'il s'agisse des journaux, des télécommunications ou de la télédiffusion, etc., vous risquez d'avoir moins de joueurs dans le marché que si vous aviez un accès illimité. [Konrad von Finckenstein, 43:10:10]

En juin 1999, on a transféré du ministre de l'Industrie au ministre du Patrimoine canadien le pouvoir d'examiner les investissements étrangers dans les industries culturelles. Les journaux étant un bien culturel, l'investissement étranger dans ce secteur est donc sujet à examen par le ministre du Patrimoine canadien. Dans le cas des livres, un autre bien culturel, il existe des règlements distincts en application de la *Loi sur Investissement Canada* qui limitent la propriété étrangère. Les firmes de l'industrie du livre — éditeurs, grossistes et détaillants — doivent être contrôlées par des Canadiens, tant du point de vue légal (50 % plus un du capital-actions en circulation) que *de facto*. Toutefois, la *Loi sur Investissement Canada* n'impose pas de telles limites en ce qui concerne la propriété étrangère des journaux.

Mais il existe bel et bien des limites à la propriété des journaux, qui se concrétisent par le truchement de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Conformément à l'article 19 de cette loi, on peut déduire les coûts des annonces dans un journal dans la mesure où celui-ci appartient dans une proportion d'au moins 75 % à des Canadiens, ce qui revient effectivement à imposer une limite de 25 % à la propriété étrangère.

En vertu de l'ALENA (qui reprend les dispositions de l'ALE), on ne pourrait assouplir cette limite sans modifier l'orientation générale du traité en ce qui touche la capacité du Canada de protéger ses industries culturelles. Si l'on décidait de rendre l'article 19 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* plus restrictif (p. ex. en faisant passer à plus de 75 p. 100 l'obligation de propriété canadienne des journaux aux fins de la déductibilité des annonces), les É.-U. pourraient engager une procédure conformément à l'ALENA.

Selon toute évidence, le traitement fiscal fondé sur le lieu de résidence des propriétaires érige une barrière devant toute entreprise étrangère désireuse d'une participation accrue dans un journal canadien. Certains investisseurs, par exemple, pourraient vouloir un investissement majoritaire ou rien du tout.

Mais l'élimination des obstacles à la propriété étrangère ne suscite guère l'enthousiasme :

> Les éditeurs américains font beaucoup de lobbying pour faire modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* [...] En fait [...] ce n'est pas en ouvrant l'industrie à la propriété étrangère que nous sortirons de ce dilemme. Échanger une chaîne canadienne pour une chaîne américaine non seulement n'améliorera en rien la situation, mais pourrait compromettre davantage l'étoffe culturelle du Canada, qui, je crois que nous le savons tous, est déjà mise à rude épreuve. [Gail Lem, 52:10:50]

M. Kent considère que la propriété étrangère est préférable à celle d'une société canadienne tentaculaire :

> La prise de contrôle par les Américains [...] serait bien sûr nettement mieux que si la seule autre solution consistait à permettre à un nouveau géant canadien de dominer les médias [...] mais cette solution serait nettement moins intéressante qu'un retour à la diversification de la propriété canadienne [...] alors je serais d'accord pour qu'on ouvre la porte à une propriété étrangère diversifiée, ce qui serait préférable à la solution consistant à remettre les quotidiens dans les mains d'une seule grande société, sous prétexte qu'elle est canadienne. [Tom Kent, 54:15:45]

Néanmoins, compte tenu des restrictions actuelles, la question — en particulier depuis les annonces de Thomson et d'Hollinger — demeure : qui va acheter les journaux? D'après un témoin :

> Le fait que la propriété des journaux soit concentrée entre quelques personnes ne veut pas dire qu'il n'y a pas d'acheteur. Cela signifie simplement que les grandes chaînes disposaient de moyens suffisants pour s'emparer de cette propriété et de l'influence qui l'accompagne. Ce n'est pas parce que personne ne voulait acheter des journaux très rentables. C'est parce qu'il n'y avait pas de loi pour l'empêcher. [Gail Lem, 52:10:50]

On a proposé comme solution de faire le nécessaire pour neutraliser l'influence des grandes chaînes :

> Le Bureau de la concurrence [devrait envisager] d'exiger que le vendeur mette en vente ses journaux sur une base individuelle et non en groupe, pour qu'ils puissent être achetés par d'autres intérêts que les grands conglomérats et pour éviter que seules les grandes chaînes aient les moyens de les acquérir. [Gail Lem, 52:10:55]

Toutefois, les témoins n'étaient pas tous d'accord avec ce point de vue. « [Il y a un] problème sur le plan pratique. Comme les deux groupes Thomson et Hollinger se trouvent en même temps sur le marché, la demande risque d'être faible par rapport à l'offre. » [Tom Kent, 54:15:45].

Au lieu de prescrire directement qui peut être propriétaire d'un journal ou offrir de l'acquérir, on a aussi proposé de restructurer les stimulants fiscaux :

> Le gouvernement devrait envisager d'offrir certains encouragements pour favoriser la propriété locale. Nous croyons que les entreprises médiatiques sont différentes des autres entreprises, et que l'intérêt public est en jeu, par opposition aux intérêts financiers et concurrentiels [...] Cela pourrait peut-être se faire [...] grâce à des dégrèvements fiscaux ou à d'autres mesures qui encourageraient la propriété locale par opposition à l'expansion des chaînes. [Mike Bocking, Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, 52:11:35]

M. Kent était d'accord pour dire qu'avec les bons incitatifs, de nouveaux acheteurs pouvaient se manifester :

> Je pense qu'il y a bien des gens qui, dans le genre de conditions que j'ai formulées et moyennant de solides encouragements fiscaux, aimeraient beaucoup acheter les journaux en tant que groupes mais pas nécessairement à titre de particuliers. Des coopératives de crédit, des fonds de travailleurs et toutes sortes d'autres institutions

pourraient acheter des actions dans les journaux locaux. Le désir de posséder des journaux locaux a été ravivé. [Tom Kent, 54:15:50]

Autres propositions

Comme il est manifestement difficile de concilier les deux angles d'approche de l'industrie des journaux, des témoins ont suggéré d'autres moyens d'assurer la reddition des comptes et la diversité de la propriété. Par exemple, une proposition avait trait particulièrement aux membres des comités de rédaction :

> Une notion revient assez souvent, et c'est qu'au sein du comité de rédaction, la direction du journal ne devrait pas être seule représentée. Un représentant des journalistes et un représentant de la collectivité devraient en faire partie, pour que le journal s'intéresse à d'autres besoins que ceux de la direction du journal. [Gail Lem, 52:11:40]

Une autre variation proposée sur le même thème serait d'établir « un organisme devant rendre des comptes à la population, qui pourrait enquêter sur les plaintes, présenter ses constatations dans des rapports publics, ordonner des mesures de réparation, etc. » [Gail Lem, 52:11:40].

Comme il ne doit pas y avoir apparence d'ingérence politique, M. Kent préférerait qu'on modifie la *Loi sur la concurrence* :

> J'aurais été très inquiet qu'on transforme le processus que je recommande, ou tout autre processus du genre, en une démarche échappant au Tribunal de la concurrence pour relever d'une décision ministérielle. Dans un tel cas, on ne pourrait éviter de donner l'impression que la décision pourrait être influencée parce qu'on n'aime pas M. Black ou quelqu'un d'autre. Ce n'est certainement pas ce que nous voulons. [...] la force de [la *Loi sur la concurrence*] réside dans le fait qu'il s'agit d'une démarche, d'un processus quasi-judiciaire. Il est très important de s'en tenir à cela dans le cas des médias. Ainsi, il serait beaucoup plus simple d'utiliser la *Loi sur la concurrence* que de mettre en oeuvre un processus entièrement nouveau. [Tom Kent, 54:16:30]

Ayant examiné les différents aspects du problème à la lumière des témoignages reçus jusqu'à maintenant, le Comité ne souscrit pas à l'idée de créer des dispositions spéciales touchant l'industrie des journaux dans l'actuelle *Loi sur la concurrence*. Tout en reconnaissant que la concentration de plus en plus grande de la propriété dans les médias suscite des préoccupations légitimes, le Comité est d'avis que la *Loi sur la concurrence* ne constitue pas l'instrument approprié pour prendre la mesure de ces préoccupations et y apporter des solutions. Selon le Comité, il y a lieu :

16. Que le gouvernement du Canada, par l'intermédiaire du ministère du Patrimoine canadien et d'autres ministères, continue de débattre et d'étudier, en consultation avec les intervenants, les questions de la diversité de la propriété dans l'industrie de la presse écrite et des autres médias d'information.

CONCLUSION

L'objectif premier du droit de la concurrence doit être de maintenir et de rehausser la vitalité du jeu de la concurrence [...] Il ne devrait pas servir à protéger les concurrents pris individuellement ou à donner quelque avantage à l'un ou l'autre ou à une catégorie d'entre eux, ni servir à atteindre d'autres objectifs politiques ou sociaux. [Donald McFetridge, 44:9:05]

Je crois que le cadre d'analyse des fusions, tel qu'établi par la Loi sur la concurrence, *a fait l'objet d'une réflexion préalable considérable. En général, j'estime qu'il demeure pertinent, et je ne trouve pas qu'il ait sérieusement besoin d'être corrigé. [Donald McFetridge, 44:10:10]*

Il me paraît important de charger deux directions de s'occuper des ententes passées entre concurrents, dont l'une rendrait plus facile qu'à l'heure actuelle la condamnation de ceux qui véritablement fixent artificiellement les prix. [...] Toutefois, je reconnais que d'un autre côté il faut laisser davantage le champ libre aux alliances stratégiques et aux coentreprises. [Tom Ross, 46:9:10]

Les prix d'éviction, les prix imposés et la discrimination par les prix sont toutes des pratiques où il est difficile de faire une distinction entre ce qui est anticoncurrentiel et ce qui favorise la concurrence. Pour porter ce jugement difficile, il faudrait tout simplement créer un tribunal spécialisé. [Ralph Winter, 48:9:10]

Il se peut que, au cours des dernières années, [...] dans certains cas, le comportement anticoncurrentiel n'a pas été adéquatement pris en compte. Nous avançons respectueusement que les problèmes en question s'expliquent par un manque de ressources consacrées à son application, plutôt que par une insuffisance fondamentale de la Loi sur la concurrence.*[Paul Crampton, 53 :15:35]*

Le droit privé d'action favoriserait la mise en application de la Loi. *Il permettrait d'en augmenter l'effet dissuasif et de créer une jurisprudence dont nous avons grandement besoin. Dans le cas du Tribunal de la concurrence, le droit privé d'action pourrait être appliqué aux questions qui concernent essentiellement les acheteurs et les vendeurs et qui ne justifient pas une intervention publique. [Konrad von Finckenstein, 43:9:10]*

La politique canadienne de concurrence, telle qu'énoncée dans la *Loi sur la concurrence* et mise en œuvre par le Bureau de la concurrence et le Tribunal de la concurrence, est un cadre d'action moderne pour parer aux problèmes anticoncurrentiels contemporains. Bien qu'il puisse être souhaitable de la remanier légèrement, la *Loi sur la concurrence* repose globalement sur l'analyse économique moderne. De son côté, le Bureau de la concurrence peut se vanter de la clarté et de la transparence de ses lignes directrices d'application, qu'il serait toutefois utile de peaufiner. Il gère bien sa charge de travail actuelle, mais pourrait, s'il disposait de plus de ressources, veiller de plus près au respect de la *Loi*. Le Tribunal de la concurrence a établi une jurisprudence claire et bien réfléchie où les principes économiques ont la place qui leur revient, mais il y aurait lieu de rationaliser ses procédures de manière à le rendre plus expéditif et d'accroître son activité en lui accordant des droits privés d'action bien pensés.

Le Comité fait l'éloge de ces institutions, qui sont chargées de protéger l'intérêt public des effets pernicieux des entraves au commerce et de favoriser le bon fonctionnement de l'économie, ainsi que des personnes qui les dirigent si bien. Le Comité souhaiterait même qu'ils redoublent d'efforts pour axer franchement le secteur des affaires sur la création de richesses et créer, pour l'ensemble des Canadiens, un marché et un lieu de travail équitables et productifs. C'est pourquoi, il incite le gouvernement du Canada à envisager d'accroître les ressources du Bureau de la concurrence afin de lui permettre d'engager des poursuites judiciaires au criminel et au civil dans l'intérêt du public et de lui accorder des droits privés d'action dans les affaires passibles de poursuites en droit civil, domaine où plus de jurisprudence serait souhaitable.

Le Comité exhorte aussi le gouvernement à moderniser les dispositions de la *Loi* concernant les collusions de manière à faire une distinction entre les alliances stratégiques destinées à rehausser l'efficacité et les accords de cartel flagrants. Il estime plus particulièrement qu'il y a lieu d'assujettir les premières, non plus à des sanctions pénales, mais à la partie de la *Loi* (Partie VIII) qui prévoit un examen en droit civil, afin qu'elles soient traitées de façon semblable aux fusions, tout en rendant la vie plus difficile aux accords de cartel en éliminant l'obligation, inutile mais fastidieuse, de prouver qu'ils réduisent *indûment* la concurrence.

Selon le Comité, il y a lieu que le gouvernement envisage de faire passer de la partie de la *Loi* qui les rend passibles de sanctions pénales à celle qui prévoit un examen en droit civil les trois dispositions sur les prix anticoncurrentiels, à savoir les prix d'éviction, le maintien des prix sur l'axe vertical et la discrimination par les prix, pour permettre au Tribunal de la concurrence de mieux tirer au clair les conséquences de ces pratiques. Il serait possible de le faire en abolissant la disposition existante sur la discrimination par les prix, mais l'interdiction du maintien des prix sur l'axe vertical et l'interdiction des prix d'éviction pourraient être conservées (moyennant modification) dans la partie pénale de la *Loi*. Étant donné que le gouvernement privilégie le droit privé d'action dans les affaires susceptibles d'un examen au civil, il faudrait aussi modifier les dispositions concernant le refus de vendre et les prix à la destination afin d'y ajouter, pour éviter de s'engager dans des différends contractuels strictement privés, un critère des « répercussions sur la concurrence ».

Comme nous l'avons laissé entendre, le Comité estime que le gouvernement devrait procéder à des modifications législatives afin que les particuliers lésés par un acte anticoncurrentiel dans l'exploitation de leur entreprise puissent s'adresser au Tribunal de la concurrence pour obtenir un redressement dans les affaires susceptibles de faire l'objet d'un examen en droit civil. Il y aurait lieu de consulter le public plus à fond au sujet des formes de redressement que les particuliers qui sont partie à un litige peuvent réclamer, soit sous forme de mesures injonctives ou de dommages-intérêts, soit les deux. Le Comité estime également que le gouvernement devrait poursuivre les consultations en cours avec le Bureau de la concurrence, le Tribunal de la concurrence et les divers intervenants sur l'élaboration de procédures accélérées pour le Tribunal afin de faire en sorte que les différends portant sur des accusations d'agissements anticoncurrentiels soient réglés sur le fond rapidement et à un coût raisonnable.

Le Comité recommande enfin de ne pas modifier la *Loi sur la concurrence* uniquement en fonction du secteur de la presse écrite. Il estime plutôt que le débat sur la question de la diversité de la propriété dans la presse écrite et les autres médias d'information devrait se faire au ministère du Patrimoine canadien en collaboration avec les intéressés.

DEMANDE DE RÉPONSE DU GOUVERNEMENT

Conformément à l'article 109 du Règlement, le Comité prie le gouvernement de déposer une réponse complète à ce rapport au plus tard cent cinquante (150) jours suivant sa présentation.

Un exemplaire des Procès-verbaux du Comité permanent de l'industrie (*séances n^{os} 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 52, 53, 54, 55, 61, 62, 63 et 64 qui comprend le présent rapport)* est déposé.

Respectueusement soumis,

La présidente

Susan Whelan, députée
Essex

OPINION DISSIDENTE
NOUVEAU PARTI DÉMOCRATIQUE
JUIN 2000

> La *Loi sur la concurrence* est un instrument tout prêt que nous pourrions utiliser ici, maintenant, très vite — moyennant [...] un élargissement de sa portée et des modifications mineures — pour profiter d'une conjoncture favorable à la diversification. Je pense surtout ici à l'importance de journaux de propriété locale, par opposition à des journaux appartenant à de grandes sociétés [...]. (Témoin, Tom Kent, 17 mai 2000)

Par la présente opinion dissidente, le Nouveau Parti démocratique ne cherche en rien à minimiser l'importance des travaux réalisés par le Comité, mais tient seulement à faire ressortir une lacune du rapport provisoire, lequel ne règle pas de façon satisfaisante le problème de plus en plus préoccupant de la concentration des médias au Canada.

Dans sa sagesse, le Comité a statué que la *Loi sur la concurrence* n'était pas le mécanisme approprié pour traiter de problèmes qui concernent une branche d'activité en particulier, comme dans le cas des monopoles et de la concentration dans le secteur des journaux. Le Nouveau Parti démocratique n'est pas de cet avis, estimant qu'il incombe au Bureau de la concurrence de bien peser toutes les considérations relatives à l'intérêt public et pas seulement les intérêts commerciaux lorsqu'il doit décider si un projet de fusion dans le secteur des journaux porte atteinte à la concurrence.

Le Bureau de la concurrence a demandé au Forum des politiques publiques d'effectuer une étude à ce sujet. Le Comité aura alors l'occasion d'étudier ses observations sur les nombreuses questions en cause. Cependant, le Nouveau Parti démocratique hésite à attendre l'achèvement des travaux du Forum vu le caractère pressant du dilemme qui se pose dans l'industrie canadienne des journaux. Nous souscrivons à l'opinion de l'ancien président de la Commission royale sur les quotidiens de 1981, M. Tom Kent, quand il dit : « *Dans l'intérêt du public et en toute justice envers le milieu des affaires en général, notamment envers les actionnaires de Thomson et de Hollinger, il est nécessaire que le gouvernement arrête une politique claire et en fasse l'annonce sous peu. J'espère que nous ne nous retrouverons pas de nouveau dans une situation où l'on aura attendu trop longtemps de prendre une décision.* » (Témoin, Tom Kent, 17 mai 2000)

Des arguments probants tendent à montrer que le niveau de concentration malsain que l'on observe aujourd'hui dans l'industrie des journaux est imputable à l'absence de mesures législatives efficaces pour le prévenir. **Voici certains des faits patents :**

- Près de 90 % des quotidiens du Canada sont contrôlés par de grandes et puissantes chaînes de journaux – en Colombie-Britannique, 95 % des journaux appartiennent au groupe Hollinger.
- En 30 ans, la proportion des journaux indépendants est passée de 40 % à moins de 5 % du tirage des quotidiens de langue anglaise – une chaîne, Hollinger, contrôle 45,4 % des journaux de langue anglaise.
- Trois autres grandes chaînes — Québécor, Torstar Corp. et Thomson — contrôlent les 50 % restants des journaux de langue anglaise.
- Une poignée de villes seulement ont des quotidiens concurrents de langue française ou de langue anglaise.
- Dans quatre provinces, un propriétaire unique a la mainmise sur la totalité des quotidiens, à savoir la famille Irving au Nouveau-Brunswick et Hollinger dans l'Île-du-Prince-Édouard, à Terre-Neuve et en Saskatchewan.
- La concentration de la propriété entraîne des licenciements massifs de journalistes du fait que les grandes chaînes de journaux cherchent à réduire les coûts de salles de presse, ce qui a des répercussions considérables sur la qualité de l'information et sur le marché du travail.

Un autre problème suscite de plus en plus d'inquiétudes, à savoir l'ouverture éventuelle du secteur des journaux à la propriété étrangère. Pour notre part, nous estimons que, pour résoudre le problème que pose la propriété des quotidiens du Canada, il faut briser les monopoles et non permettre aux journaux de tomber dans des mains étrangères. Le fait de substituer une chaîne américaine à une chaîne canadienne n'améliorerait en rien la situation, mais exposerait la culture canadienne à un risque encore plus grand.

Priorités du NDP

Nous estimons que le rapport provisoire pèche du fait qu'on n'y recommande pas de faire appliquer, par le Bureau de la concurrence, des conditions de nature culturelle dans le contexte d'une loi sur la concurrence révisée.

Nous estimons que, comme de nombreux journaux sont actuellement à vendre, le Comité du patrimoine doit immédiatement effectuer une étude approfondie de la propriété des médias tandis que nous avons l'occasion de régler la question.

Le gouvernement doit encourager la diversité au niveau de la propriété des journaux en envisageant des solutions innovatrices, notamment les suivantes :

- Le Bureau de la concurrence pourrait exiger que les journaux soient vendus individuellement et non collectivement, ce qui en rendrait le prix plus abordable et permettrait du même coup à des intérêts autres que les grands groupes d'en faire l'acquisition.

- On pourrait se servir du régime fiscal pour encourager la propriété locale par opposition aux grandes chaînes :
  - M. Tom Kent a proposé ce qui suit : « on pourrait encourager la diversification de la propriété en permettant que des investissements correspondant à, disons, 10 % de l'avoir nécessaire à l'achat d'un journal donnent droit à une déduction pour amortissement accéléré. » (Témoin, Tom Kent, 17 mai 2000)
- On pourrait envisager des façons de désigner les journaux dans une section nouvelle et distincte de la *Loi sur la radiodiffusion* (laquelle réglemente actuellement tous les radiodiffuseurs et a créé la Société Radio-Canada/CBC et le CRTC).
- On pourrait s'inspirer de ce qui se fait en Europe et adopter des mesures législatives portant expressément sur la propriété et les parts de marché des journaux.
- On pourrait envisager un mécanisme d'octroi de subventions à la presse grâce auquel les journaux qui ne sont pas toujours soutenus par de la publicité d'entreprises bénéficieraient d'un certain financement public.

Le Nouveau Parti démocratique tient à doter le système d'un mécanisme de freins et de contrepoids qui protège l'intégrité de ce que nous consommons en tant que citoyens. Nous estimons que nos propositions constituent une excellente solution de rechange au statu quo et qu'elles méritent à ce titre d'occuper une place de choix dans les travaux futurs du Comité et dans le débat général sur la propriété des journaux au Canada.

ANNEXE 1

LE RAPPORT VANDUZER

Le rapport intitulé *Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et Loi sur la concurrence : Doctrine, droit et pratique*, rédigé par les professeurs J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet de l'Université d'Ottawa fait suite à la demande formulée par le gouvernement du Canada de mener une étude sur les dispositions de la *Loi sur la concurrence* portant sur la fixation des prix. Il s'agit de la discrimination par les prix (alinéa 50(1)*a*)), de l'établissement de prix d'éviction (alinéa 50(1)*c*)), du maintien des prix (article 61) et, dans le contexte de la fixation des prix, de l'abus de position dominante (article 79). Ce rapport traite de la valeur, dans le contexte de l'économie contemporaine, de la *Loi*, des interprétations que donnent de cette dernière le Bureau de la concurrence et le Tribunal de la concurrence ainsi que de la mise en application et de l'administration des dispositions de la *Loi* par le Bureau.

Les auteurs du rapport colligent, expliquent et scrutent les aspects de la pensée économique contemporaine, parfois conventionnels, parfois litigieux, relativement à ces pratiques en matière d'établissement des prix et examinent la façon dont elles sont traitées dans la *Loi* de même que par le Bureau et le Tribunal. La plus grande contribution et l'originalité du rapport résident peut-être dans l'analyse de la gestion par le Bureau de ces pratiques et des dispositions législatives à la lumière d'une raréfaction des ressources chargées de l'application de la *Loi*. Le Bureau a de toute évidence adapté ses lignes directrices et sa politique d'application afin de tenir compte de la théorie économique contemporaine lorsqu'il y a un vide juridique. Toutefois, le rapport critique dans une certaine mesure le Bureau pour l'absence de clarté et l'insuffisance de ses lignes directrices en matière de fixation des prix et relativement au suivi des critères retenus pour le traitement des plaintes.

De façon générale, les auteurs du rapport critiquent le traitement pénal dont font l'objet ces pratiques en matière de prix, car ils estiment que cela n'est pas justifié par la pensée contemporaine et, de toute façon, ne permet pas de cerner les agissements anticoncurrentiels. Ils ne mentionnent ni ne fournissent d'exemple de cas de comportement anticoncurrentiel étant demeuré impuni, mais ils font clairement état du fait que la *Loi* peut s'appliquer à de nombreux agissements favorisant la concurrence. Cela se traduit pour le monde des affaires par des dépenses excessives en activités d'observation et de suivi, et, partant par un manque d'innovation dans les stratégies d'établissement des prix.

Le rapport recommande les mesures suivantes : 1) modifier la *Loi* pour la rendre conforme à la pensée économique contemporaine; 2) plutôt que de les considérer comme des infractions pénales, soumettre à un examen civil la majeure partie de ces pratiques en matière de prix, en particulier dans le cadre de la disposition concernant l'abus de position dominante; 3) modifier en conséquence la disposition relative à l'abus de position dominante; 4) mettre à jour et clarifier en conséquence les lignes directrices du Bureau;

5) revoir les critères de mise en œuvre du Bureau en vue d'établir un meilleur équilibre; et
6) accroître les ressources internes du Bureau pour ce qui concerne les spécialistes internes.

Discrimination par les prix

Il y a discrimination par les prix lorsqu'un fournisseur de biens ou de services vend un même produit à des prix différents à différents clients (que ce soit d'autres entreprises ou des consommateurs finals), à moins que cette différence de prix ne corresponde précisément aux coûts engagés pour servir les diverses catégories de consommateurs. Trois conditions doivent être réunies pour qu'on puisse parler de discrimination par les prix :

1. L'entreprise doit avoir la *puissance commerciale* qui lui permet de fixer les prix (autrement, les consommateurs peuvent choisir de faire leurs achats auprès d'un fournisseur concurrent)[1].
2. L'entreprise doit pouvoir « cerner » différentes catégories de clients ayant différents niveaux de sensibilité au prix (*élasticité de la demande par rapport au prix*).
3. La possibilité pour les clients de faire de la revente entre eux doit être limitée (autrement, les consommateurs procéderont par arbitrage pour se procurer le produit au meilleur prix).

La discrimination par les prix n'est pas en soi anticoncurrentielle; cela dépend en grande partie des circonstances propres à chaque cas. Souvent, une entreprise répondra simplement à des impératifs concurrentiels en exigeant des prix différents de différents consommateurs lorsqu'elle engage des coûts différents pour les servir (de telles pratiques sont à placer sur le même pied que les ristournes consenties en fonction du volume et de la quantité, qui supposent des coûts différents et qui ne sont pas, en soi et par elles-mêmes, anticoncurrentielles).

En outre, la discrimination par les prix pourrait bien générer un certain nombre de ventes auprès de consommateurs qui n'achèteraient pas le produit s'ils ne bénéficiaient pas de réductions (on pense ici, surtout, aux prix réduits pour les enfants et pour les personnes âgées).

Les auteurs du rapport désapprouvent le fait que les dispositions de droit civil portant sur la pratique discriminatoire ultime, à savoir le refus de vendre, et sur tout comportement équivalant à une discrimination par les prix, comme les ventes liées, exigent que soit examinée l'incidence du comportement sur la concurrence, mais non l'article 50, qui porte sur la discrimination par les prix et les prix d'éviction. Il n'y a eu que

---

1 La *puissance commerciale* est définie comme étant la situation dans laquelle se trouve un fournisseur qui peut augmenter ses profits en relevant ses prix de sorte que ceux-ci soient supérieurs à ses coûts marginaux pendant une période prolongée.

de très rares poursuites pénales fondées sur cet article, en fait seulement trois depuis 1984. Dans chaque cas, l'accusé a plaidé coupable. Comme pour tout procès pénal, il faut prouver la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable et les condamnations sont donc rares. Étant donné le caractère inopérant de cette disposition, aucune décision judiciaire n'a été rendue qui pourrait permettre de l'interpréter. Il y a donc eu un « effet paralysant », même sur les fournisseurs qui envisageaient d'adopter des stratégies novatrices en matière d'établissement des prix ne nuisant d'aucune manière à la concurrence.

En considérant la discrimination par les prix comme une forme d'abus de position dominante en vertu de l'article 79, il serait possible de combler plusieurs lacunes de l'actuelle disposition à caractère pénal. En faire une question relevant du droit civil serait compatible avec la façon dont la *Loi* régit les autres types d'intégration verticale. La disposition sur l'abus de position dominante tient compte de la puissance commerciale, qui, selon la théorie économique, constitue une condition préalable à la discrimination, et stipule que l'effet de la discrimination sur la concurrence doit être évalué. Cependant, l'application de l'article 79 aux plaintes relatives à la discrimination par les prix présente plusieurs difficultés. Il sera peut-être nécessaire d'adapter aux cas de discrimination par les prix l'approche suivie à l'égard de la puissance commerciale. Il faudra également tenir compte des autres sources d'approvisionnement, comme dans les cas de refus de vendre, pour évaluer les effets du comportement incriminé sur la concurrence.

Prix d'éviction

Il y a vente à des prix d'éviction lorsqu'une entreprise abaisse temporairement ses prix pour essayer d'empêcher des concurrents de s'implanter sur le marché, pour tenter d'évincer les concurrents ou pour pénaliser un concurrent. Dans les trois cas, le prédateur encourt des pertes temporaires qu'il compte bien, au minimum, récupérer en augmentant ses prix plus tard. Selon la plupart des économistes, ce type de pratique était extrêmement rare avant les années 80, parce que les obstacles à l'entrée sur la plupart des marchés étaient faibles. Par conséquent, les prix élevés qu'une entreprise devra exiger par la suite pour compenser les pertes subies lorsqu'elle aura pratiqué des prix d'éviction ne seront pas applicables si de nouveaux venus arrivent. De plus, un comportement de prédateur peut être une tactique très coûteuse, la proie sachant fort bien que le prédateur paie cher le financement de ses pertes. En fait, la perspective de gains futurs peut suffire à convaincre une proie d'essayer de tenir le coup (là où les marchés financiers fonctionnent bien), ne serait-ce que pour profiter de l'éventualité où le prédateur lui ferait une offre d'achat. Ce n'est que dans le cas, extrêmement rare, où le prédateur peut plus facilement que la proie se procurer des capitaux externes qu'une campagne de prix d'éviction peut réussir; cependant, si l'objectif visé est de prendre le monopole sur un marché, une prise de contrôle ou une fusion seraient des solutions encore moins coûteuses.

Il faut établir plusieurs éléments avant qu'on puisse prouver une infraction. Le prédateur supposé doit être en affaires et avoir adopté une politique de vente de ses

produits à des prix déraisonnablement bas. Or, les termes « politique » et « déraisonnablement bas » soulèvent des questions d'interprétation difficiles. Une politique doit répondre à l'une des quatre conditions suivantes : 1) elle doit avoir pour effet ou tendance de réduire sensiblement la concurrence; 2) elle doit avoir pour effet ou tendance d'éliminer un concurrent; 3) elle doit être conçue pour réduire sensiblement la concurrence ou 4) elle doit être conçue pour éliminer un concurrent.

Les poursuites intentées aux termes des dispositions de droit pénal s'appliquant aux pratiques prédatoires sont rares et aucun tribunal n'a pu être saisi d'un tel dossier. Il semblerait, à la lumière du grand nombre de plaintes déposées concernant ce type de pratiques et des fortes inquiétudes que nourrissent certaines entreprises indépendantes interviewées, qu'une réponse plus complète doit être fournie. Par ailleurs, il faudrait s'inquiéter du peu d'importance relative accordée aux cas d'éviction dans le cadre des critères de sélection appliqués par le Bureau, lequel semble déterminé à ne pas y donner suite.

De toutes les pratiques de fixation des prix contraires à la *Loi de la concurrence*, ce sont les agissements prédatoires qui sont les plus difficiles à établir. Décrire un comportement abusif est une chose, en distinguer les effets dévastateurs des effets d'une concurrence dynamique en est une autre, même lorsque des ressources importantes y sont consacrées. Une chose est claire cependant, c'est que les dispositions pénales existantes présentent de graves lacunes comme recours. On peut toutefois résoudre le problème, entre autres, en considérant la pratique de prix d'éviction dans le cadre de l'article 79. En vertu de cet article, la puissance commerciale constitue un seuil pour l'obtention d'une mesure corrective et il réduit le fardeau de la preuve en matière civile, ce qui peut être important compte tenu de la nature intrinsèquement contestable des allégations de prix d'éviction.

Le maintien des prix

On parle de maintien des prix lorsqu'une entreprise essaie d'établir un prix minimum auquel une autre entreprise en aval dans la chaîne de distribution fabricant-grossiste-détaillant peut vendre son produit. L'une des pratiques restrictives les plus répandues sur le marché, le maintien du prix de revente peut se manifester verticalement, c'est-à-dire entre un grossiste et un détaillant qui revend les produits du fournisseur, ou horizontalement, par exemple entre concurrents qui conviennent d'imposer un prix de revente de leurs produits.

La raison économique de l'interdiction en vertu du droit de la concurrence du maintien des prix de revente dans l'axe horizontal est plus évidente : lorsque des fournisseurs conviennent entre eux de fixer le prix de revente de leurs produits, ils amoindrissent la concurrence, sur le plan des prix, entre concurrents situés en aval de la chaîne. Il se peut que le prix de revente soit plus visible pour les fournisseurs que leurs propres prix, ce qui suppose que le maintien des prix de revente peut faciliter la collusion

entre fournisseurs. Il est donc justifié d'interdire les ententes de maintien des prix selon l'axe horizontal en vertu de l'article 61.

La raison économique de l'interdiction en vertu du droit de la concurrence du maintien des prix de revente dans l'axe vertical est que cette pratique amoindrit la concurrence en restreignant la capacité du détaillant d'être concurrentiel en matière de prix. Elle conduit à des prix plus élevés pour les consommateurs, accroît les marges du détaillant et, en fin de compte, protège les détaillants inefficaces qui ne prospéreraient pas dans un environnement véritablement concurrentiel. En revanche, le maintien des prix sur l'axe vertical peut aussi être favorable à la concurrence. Le maintien des prix de revente peut améliorer l'efficience économique, lorsqu'il devient nécessaire, par exemple, de fournir des services avant et après la vente et qu'il y a un problème de « parasites ». Dans ce cas, on estime que les ventes supplémentaires qu'a permises l'amélioration du service dédommagent le fournisseur du coût que cette dernière représente pour lui. Cependant, les magasins de détail à rabais peuvent détruire le marché des services de vente améliorés en attirant des clients qui ont bénéficié de ces services avant la vente que leur auront fournis des détaillants offrant toute la gamme de services.

Les modalités actuelles traitant du maintien des prix présentent les mêmes lacunes que celles relevées au chapitre de la discrimination par les prix. Elles ne permettent pas de contrer les seules démarches anticoncurrentielles répondant aux critères que suggèrent les analystes économiques contemporains. Par conséquent, elles ne constituent pas un outil se prêtant adéquatement aux mesures coercitives et imposent souvent au monde des affaires des coûts de conformité et des coûts de suivi excessifs. Cet effet paralysant est exacerbé chaque fois que le maintien des prix est considéré comme une infraction de droit pénal. Si l'on analysait le maintien des prix sur l'axe vertical à la lumière de l'article 79, qui traite de l'abus de position dominante, il serait plus facile d'incorporer des moyens de défense légitimes de cette pratique, car la puissance du marché et l'incidence de la pratique sur la concurrence seraient prises en compte.

ANNEXE 2

PROJETS DE LOI ÉMANANT DES DÉPUTÉS MODIFIANT LA *LOI SUR LA CONCURRENCE*

Quatre projets de loi émanant des députés visent à modifier la *Loi sur la concurrence* : il s'agit des projets de loi C-402 (émanant de M. McTeague), C-438 (émanant de Mme Redman), C-471 (émanant de Mme Jennings) et C-472 (émanant de M. McTeague également). Nous présentons brièvement chacun d'entre eux ci-après. Même si le Comité n'a pas actuellement pour mandat précis d'étudier ces projets de loi, de nombreux témoins ont exprimé à son intention leurs points de vue sur le contenu et les principes sous-jacents de ces projets de loi. Ces derniers feront l'objet d'une série de tables rondes, que le Forum des politiques publiques tiendra au cours de l'été et à l'issue desquelles il rédigera un rapport qu'il devrait soumettre vers la fin du mois de septembre 2000.

Projet de loi C-402

Il s'agit d'ajouter trois pratiques anticoncurrentielles à la liste non exhaustive prévue à l'article 78 de la *Loi* (abus de position dominante). Le projet de loi ne crée pas de nouvelles infractions, mais dissiperait l'incertitude entourant le type d'infractions que le Bureau considère comme constituant un abus. Les infractions devraient être commises dans le but d'éliminer ou de discipliner un concurrent (ou un fournisseur) ou d'empêcher l'entrée ou la participation accrue dans un marché. Les infractions comprendraient, sans s'y limiter :

- le fait d'encourager un fournisseur à vendre uniquement ou essentiellement à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent;
- le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'achat;
- le fait d'exiger d'un fournisseur de payer une prime à un détaillant pour que celui-ci vende un produit lorsque cette prime n'est pas liée aux dépenses réelles engagées par le détaillant à l'égard du produit ou lorsqu'elle est supérieure à ces dépenses;
- le fait pour un détaillant intégré verticalement de réduire la marge bénéficiaire accessible à un concurrent non intégré;
- le fait de retenir unilatéralement une somme due à un fournisseur pour toute raison alléguée, alors qu'il n'y a aucune entente préalable à cet égard de la part du fournisseur, dans le but de le discipliner.

Projet de loi C-438

Il s'agit d'étendre la notion de pratiques commerciales trompeuses que régit la *Loi sur la concurrence* et de préciser que les concours publicitaires par courrier constituent

une nouvelle infraction (nouveau paragraphe 52.1). Une entreprise commettrait une infraction si, dans le but de promouvoir directement ou indirectement la fourniture ou l'usage d'un produit, elle diffusait des imprimés dont le contenu donne l'impression générale que le destinataire a gagné un prix et que l'attribution de ce prix est conditionnelle au paiement préalable d'une somme d'argent ou de frais téléphoniques déterminés.

L'actuel article 52 de la *Loi* interdit de façon générale toute déclaration publique fausse ou trompeuse faite sciemment ou imprudemment dans le but de promouvoir directement ou indirectement un intérêt commercial. Le paragraphe 52.1 applique ce principe expressément au télémarketing; il interdit l'usage du téléphone comme moyen de promotion d'un produit ou d'une entreprise sauf si certains renseignements importants sont divulgués. Ce projet de loi vise surtout à combler une lacune de la loi en vigueur en faisant de la diffusion de documents imprimés une infraction pénale au même titre que le télémarketing trompeur.

Projet de loi C-471

Ce projet de loi vise deux objectifs distincts : le premier est de faciliter l'échange de renseignements entre le Canada et les autres États en matière civile. Il autorise le ministre de l'Industrie à conclure des ententes avec d'autres États afin d'établir s'il y a eu violation réelle ou imminente du droit de la concurrence de cet État ou pour faire respecter ce droit. Tout accord devra contenir des dispositions visant chacune des questions suivantes :

- le droit du Canada de refuser, pour des motifs liés à la sécurité, à la souveraineté ou à l'intérêt public tels que définis par le Canada, de faire suite à une demande;
- la confidentialité de l'information communiquée par le Canada à un État étranger en exécution d'une demande;
- les renseignements que doit comporter la demande que peut présenter un État étranger afin de permettre l'exécution de celle-ci sous le régime de la présente loi;
- un engagement de l'État étranger de fournir de l'entraide d'une portée comparable à celle de l'entraide fournie par le Canada;
- un engagement d'utiliser uniquement aux fins de l'application et de l'administration du droit étranger de la concurrence l'information ou la preuve obtenue;
- un engagement de ne pas utiliser aux fins de procédures pénales contre une personne l'information ou la preuve obtenue de cette personne et fournie à l'État étranger;
- le retour de toute preuve fournie par les autorités canadiennes;
- un engagement de respecter les droits et privilèges accordés par le droit canadien;
- la résiliation d'un accord si les exigences visant la confidentialité ont été violées;

- l'exigence que toute violation de la confidentialité soit promptement déclarée aux autorités canadiennes.

Le commissaire à la concurrence est chargé de la mise en œuvre de chaque accord. Une demande peut être rejetée :

- si une autre source peut plus aisément donner suite à la demande de l'État étranger;
- si les ressources raisonnablement disponibles ne sont pas suffisantes pour donner suite à la demande;
- si la loi canadienne ne permet pas de donner suite à la demande.

Ce projet de loi permet de compléter les mécanismes en vigueur actuellement relativement à l'échange de renseignements avec des États étrangers à propos d'affaires pénales. Le *Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis* entré en vigueur en 1990 prévoit une concertation et une collaboration complètes et formelles entre les deux pays. L'*Accord canado-américain concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales* de 1995 fournit un cadre propice à une collaboration plus étroite pour ce qui est de l'application du droit de la concurrence canadien et américain et prévoit des mécanismes de notification ainsi qu'une consultation et une collaboration plus fortes afin de réduire au minimum les différends entre autorités des deux pays et de faire en sorte que la collaboration s'étende aux pratiques commerciales déloyales.

Le Canada a de plus signé des ententes de collaboration multilatérales, régionales et bilatérales, notamment la Recommandation révisée sur la coopération entre pays Membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux de 1995. Cette entente non exécutoire encourage la coopération et la consultation entre États membres de l'OCDE.

La politique que suit actuellement le Bureau en matière de confidentialité vise à assurer un juste équilibre entre la nécessité d'échanger des renseignements et les préoccupations des juristes et des gens d'affaires, lesquels ne souhaitent pas que les renseignements de nature délicate fournis au Bureau soient communiqués à des tiers. Actuellement, seuls les renseignements indiqués à l'article 29 de la *Loi* sont explicitement protégés contre une divulgation à des tiers. Le Bureau a toutefois pour politique de considérer comme confidentiel tout renseignement reçu qui ne fait pas partie du domaine public et de ne pas le communiquer à d'autres organismes sauf lorsqu'une telle divulgation facilite l'administration ou l'application de notre législation. Le projet de loi C-471 permettrait au Canada d'encourager la coopération avec des organismes d'exécution de la loi étrangers.

Le second objectif du projet de loi est de créer un moyen par lequel le Tribunal pourrait trancher certaines questions plus rapidement. Le commissaire et les parties à un différend, peuvent, s'ils y consentent mutuellement, saisir le Tribunal pour que celui-ci

statue sur toute question de droit, de fait ou à la fois de droit et de fait découlant de l'application de la Partie VII.1, de la Partie VIII ou de la Partie IX. Qui plus est, le commissaire peut renvoyer devant le Tribunal pour audition et jugement toute question portant sur l'interprétation ou l'application de la Partie VII.1, de la Partie VIII ou de la Partie IX. Un renvoi devant le tribunal est entendu et jugé suivant une procédure sommaire. Ce projet vise à a) abréger les poursuites et encourage le règlement de différends en clarifiant les questions, sans qu'il soit nécessaire de déposer tout le dossier; et b) encourager la création d'un ensemble de textes faisant jurisprudence afin de limiter le recours aux lignes directrices du Bureau en matière d'application.

Projet de loi C-472

Des quatre projets de loi, c'est le C-472 qui porte les modifications les plus profondes. Le premier de ces changements consiste à remplacer l'article 45 (complot). Les termes « complote, se coalise ou conclut un accord ou un arrangement » sont remplacés par un seul terme « collusion », qui s'entend d'un accord ou d'un arrangement conclu entre une personne et un ou plusieurs concurrents de cette personne à l'égard de la production, la fourniture ou l'acquisition de tout produit alors que la personne savait ou aurait raisonnablement dû savoir que l'accord ou l'arrangement, s'il était mis en œuvre, aurait ou aurait vraisemblablement pour effet : a) de fixer, établir, contrôler ou maintenir le prix minimum du produit; b) de répartir des marchés, territoires, clients ou ventes du produit entre la personne et le concurrent; c) de boycotter un concurrent ou les fournisseurs ou clients d'un concurrent; ou d) d'empêcher, d'éliminer, de diminuer, ou de limiter, de toute autre façon, la production ou la fourniture du produit.

Toute personne participant à une collusion commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de 10 millions de dollars, ou l'une de ces deux peines. En tant qu'infraction pénale, l'entente de collusion devrait être prouvée au-delà de tout doute raisonnable; toutefois, un tribunal pourra déduire l'existence d'une telle pratique à partir de preuves circonstancielles. Le Tribunal ne pourra déclarer l'accusé coupable s'il conclut que a) la collusion se rattache exclusivement à un service et à des normes de compétence et des critères d'intégrité raisonnablement nécessaires à la protection du public; ou b) si la collusion se rattache exclusivement à l'exportation de produits du Canada; cette dernière disposition ne s'applique pas si i) la collusion a eu ou aura vraisemblablement pour résultat une réduction ou une limitation de la valeur réelle des exportations d'un produit; ii) elle a restreint ou restreindra vraisemblablement les possibilités pour une personne d'entrer dans le commerce d'exportation de produits du Canada ou de développer un tel commerce; ou iii) elle a empêché ou diminué la concurrence dans la fourniture de services visant à promouvoir l'exportation de produits du Canada ou aura vraisemblablement un tel effet.

Un accord ou un arrangement ne sera pas considéré comme étant de la collusion si : a) il est conclu uniquement entre ou parmi des institutions financières fédérales; b) il est conclu uniquement entre des personnes morales qui, considérées individuellement, sont des affiliées des autres personnes morales en question; c) il a fait l'objet d'un avis

donné au commissaire; d) il est auxiliaire et raisonnablement nécessaire à un autre accord ou arrangement entre les mêmes participants et l'autre accord ou arrangement, considéré séparément, ne constituerait pas lui-même de la collusion; ou e) les participants ne détiennent ou ne contrôlent pas ensemble 25 % ou plus du marché pertinent du produit touché par l'accord ou l'arrangement (règle refuge).

Par le troisième ensemble de modifications, quiconque allègue être directement gêné dans son entreprise ou ne pouvoir exploiter une entreprise du fait qu'il est incapable de se procurer un produit de façon suffisante, où que ce soit sur un marché, aux conditions de commerce normal, peut, avec l'autorisation du Tribunal, présenter une demande en vertu de l'article 75. Actuellement, seul le commissaire est autorisé à présenter une demande au Tribunal. De même, quiconque allègue être directement gêné dans son entreprise par des pratiques relevant d'exclusivité, de ventes liées ou de limitation du marché peut, avec l'autorisation du Tribunal, présenter une demande en vertu de l'article 77. Le commissaire aura 30 jours pour participer à la demande à titre de partie et, après 30 jours, peut le faire uniquement à la requête du Tribunal ou avec son autorisation.

La *Loi* est également modifiée par adjonction des paragraphes 79.1 et 79.2 de manière à permettre au Tribunal, par suite d'une demande du commissaire, de rendre une ordonnance contre toute personne qui est partie à l'accord ou à l'arrangement avec un ou plusieurs de ses concurrents à l'égard de la production, la fourniture ou l'acquisition d'un produit; lorsque l'accord ou l'arrangement a, a eu, ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans les marchés touchés. Le Tribunal pourra également prendre les mesures qu'il jugera raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer tout effet de l'accord ou de l'arrangement ou de rétablir la concurrence dans le marché. Il ne pourra toutefois pas rendre d'ordonnance lorsque, à son avis, la durée de l'accord ou de l'arrangement est limitée par une période raisonnable nécessaire pour faciliter l'entrée sur un marché soit d'un nouveau produit, soit d'un nouveau fournisseur d'un produit. De même, aucune demande ne peut être présentée en application de l'article à l'égard d'un accord ou d'un arrangement qui est conclu uniquement par des personnes morales, sociétés de personnes ou entreprises individuelles dont chacune est affiliée avec chacune des autres. Le commissaire peut également délivrer un certificat d'autorisation, valide pour trois ans, s'il est convaincu qu'un accord ou un arrangement qu'une personne est sur le point de conclure n'aurait vraisemblablement pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

La dernière grande modification donne au commissaire le pouvoir de rendre une ordonnance provisoire : a) pour interdire à une personne d'accomplir tout acte ou de mener toute activité qui, de son avis, pourrait constituer des agissements anticoncurrentiels; ou b) enjoignant à une personne de prendre des mesures qu'il estime nécessaires pour ne pas nuire à la concurrence ou pour éviter de causer des dommages à une autre personne, par exemple : i) être éliminé par un concurrent; ii) subir une

réduction de sa part de marché important; iii) subir une perte importante de revenu; ou iv) subir tout autre dommage auquel le Tribunal ne pourra adéquatement remédier. Le commissaire ne sera pas tenu de donner un préavis ou de permettre à qui que ce soit de présenter des observations avant de rendre une ordonnance provisoire.

ANNEXE 3
LISTE DES TÉMOINS

Organismes et particuliers	Date	Réunion
Ministère de l'Industrie	2000/04/13	43
Konrad von Finckenstein, commissaire de la concurrence		
Gaston Jorré, sous-commissaire principal de la concurrence		
Don Mercer, sous-commissaire adjoint de la concurrence, Unité des modifications		
« Carleton University »	2000/05/02	44
Donald McFetridge, Faculté en économies		
Osler, Hoskin & Harcourt		
Tim Kennish, avocat		
Forum des politiques publiques		45
David Zussman, président		
Anita Mayer, vice-présidente		
« Blake, Cassels and Graydon »	2000/05/04	46
Warren Grover, avocat		
Lang Michener		
James Musgrove, avocat		
Stikeman Elliott		
Lawson Hunter, associé		
Université de la Colombie-Britannique		
Thomas Ross, professeur		
Université de la Colombie-Britannique		47
William Stanbury, professeur		

Organismes et particuliers	Date	Réunion
« Charles River Associates Canada Limited »	2000/05/09	48
Margaret Sanderson, vice-présidente		
« Davis and Company »		
Stanley Wong		
Université de Toronto		
Michael Trebilcock, professeur		
Ralph Winter, professeur		
Conseil canadien pour le commerce international	2000/05/11	50
Robert Keyes, président et directeur général		
Milos Barutciski, membre, Comité sur la politique et le droit de la concurrence		
Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier	2000/05/16	52
Gail Lem, vice-présidente nationale		
Mike Bocking, président, local 2000		
André Foucault, représentant national		
Syndicat international des communications graphiques		
Allan Tate, représentant international		
Université Queen's		
Roger Ware, professeur		
Campagne pour la liberté de presse et de radio et télédiffusion		53
David Robinson		
Chambre de commerce du Canada		
Michael Murphy, vice-président principal, Politiques		
Paul Crampton, avocat		
À titre personnel	2000/05/17	54
Tom Kent		

Organismes et particuliers	Date	Réunion
Conseil canadien de la distribution alimentaire	2000/05/18	55
Nick Jennery, président et directeur exécutif en chef		
David Wilkes, vice-président, Région de l'Ontario et Relations commerciales		
Démocratie en surveillance		
Duff Conacher, coordonnateur		

ANNEXE 4

LISTE DES MÉMOIRES

Association du Barreau canadien

« Blake, Cassels and Graydon »

Campagne pour la liberté de presse et de radio et télédiffusion

Chambre de commerce du Canada

« Charles River Associates Canada Limited »

Conseil canadien de la distribution alimentaire

Démocratie en surveillance

Lang Michener

Osler, Hoskin & Harcourt

Stikeman Elliott

Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier

Syndicat international des communications graphiques

Université de la Colombie-Britannique

À titre personnel
Tim Creery

Le lundi 12 juin 2000
(*Séance n° 64*)

Le Comité permanent de l'industrie se réunit aujourd'hui à huis clos, à 15 h 55, dans la salle 371 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Susan Whelan, présidente.

Membres du Comité présents : Ian Murray, Nelson Riis et Susan Whelan.

Membres substituts présents : Michel Bellehumeur pour Pierre Brien; John Finlay pour Walt Lastewka; Werner Schmidt pour Eric Lowther; Denis Paradis pour Gurbax Singh Malhi; Murray Calder pour Gerry Byrne; Bob Speller pour Jerry Pickard et Dennis Mills pour John Cannis.

Aussi présents : *De la Bibliothèque du Parlement* : Dan Shaw et Geoffrey Kieley, attachés de recherche.

Conformément au mandat que lui confère l'article 108(2) du Règlement, examen de la *Loi sur la concurrence*.

Le Comité reprend l'examen d'une ébauche de rapport.

Ian Murray propose, — Que le projet de rapport soit adopté tel qu'il a été modifié.

Après débat, la motion est adoptée avec dissidence.

Sur motion de Ian Murray, il est convenu, avec dissidence, — Que le président présente le Septième rapport à la Chambre dans les plus brefs délais.

Sur motion de Ian Murray, il est convenu, avec dissidence, — Que, conformément à l'article 109 du Règlement, le Comité demande que le gouvernement dépose une réponse globale à son rapport dans les cent-cinquante (150) jours.

Sur motion de Ian Murray, il est convenu, avec dissidence, — Que le président soit autorisé à apporter, au besoin, des corrections d'ordre typographique ou des révisions sans modifier la substance du projet de rapport à la Chambre.

Sur motion de Ian Murray, il est convenu, — Que 550 exemplaires du rapport soient imprimés en anglais et en français, en format tête-bêche.

Sur motion de Ian Murray, il est convenu, — Que le Comité autorise l'impression de l'opinion dissidente du Nouveau Parti démocratique en annexe au présent rapport, immédiatement après la signature du président.

Sur motion de Ian Murray, il est convenu, — Que le texte de l'opinion dissidente ne dépasse pas trois pages.

Sur motion de Ian Murray, il est convenu, — Que toute opinion dissidente soit remise au greffier au plus tard le mardi 13 juin, 2000 à midi.

À 16 h 10, le Comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

Le greffier du Comité

Richard Rumas